



## Et lille bidrag om retsstaten og antiterrorismen

Henriksen, Anders

*Publication date:*  
2010

*Document version*  
Tidlig version også kaldet pre-print

*Citation for published version (APA):*  
Henriksen, A. (2010). *Et lille bidrag om retsstaten og antiterrorismen*. Advokatsamfundet.

Et lille bidrag om ...

# *Retsstaten og antiterrorismen*

Anders Henriksen  
Adjunkt, Juridisk Fakultet  
Københavns Universitet



## **Indholdsfortegnelse:**

Forord	s. 5
Indledning	s. 9
Kapitel 1. Den danske antiterrorlovgivning	s. 19
Kapitel 2. Forebyggelse	s. 29
Kapitel 3. Mere sikkerhed og mindre frihed	s. 41
Kapitel 4. "Retsstat"?	s. 53
Kapitel 5. Antiterroreren og retsstaten	s. 67
Kapitel 6. Domstolenes rolle	s. 93
Kapitel 7. Konklusion - og fremtiden	s. 105
Litteratur og noter	s. 121



## Forord

For år tilbage havde vi en censor på det kursusfag, som jeg underviser i ved det juridiske fakultet på Københavns Universitet, der havde en noget alternativ måde at bedømme den præstation, som de studerende i mundtlig eksamen, leverede. Han kaldte den for ”pølsemændstesten”. De studerende skulle helst vide mere end en pølsemænd om de ting, som de blev eksamineret i. Og, som censoren gjorde den lige så paffe medeksaminator og jeg opmærksom på, så skal man ikke tage fejl af en pølsemænd. En pølsemænd falder nemlig i snak med mange kunder i løbet af en dag og tilegner sig derfor viden om mange forskellige ting. Lidt ligesom taxichauffører. Men, som vi kunne forstå på censoren, så er det sjældent, at pølsemænd har en særlig *tilbundsgående* viden om et emne, for det er jo trods alt sjældent, at samtaler med pølsemænd strækker sig over særlig lang tid. Pølsemænd ved med andre ord lidt om meget, men ikke meget om noget.

Jeg ved ikke, om det er rigtigt, at pølsemænd ikke ved meget om noget, men censorens pointe var selvfølgelig ikke til at tage fejl af. De studerende skulle kunne andet og mere end bare at lire mere eller mindre indlysende almindeligheder af om et emne for at kunne få en god karakter af ham. Det ville være synd at sige, at jeg har taget pølsemændstesten til mig, og jeg går ikke generelt og sammenligner folk med pølsemænd, men jeg tager mig selv i at hive den frem fra den mentale baglomme engang imellem, inden jeg selv forsøger at gøre mig klog på et givent emne. Ved jeg *egentlig*, hvad jeg taler om eller er min viden bare sådan lidt ”pølsemændsagtigt”? Er dét, der kommer ud af min mund andet og mere end bare ”pølsestak”?

Da jeg så Advokatsamfundets opslag anlagde jeg en hurtig pølsemændstest på, hvad jeg ville kunne bidrage med i den meget væsentlige – men også ganske komplicerede – debat om, hvad den generelle samfundsudvikling, siden den 11. september, har haft af indflydelse på vores retsstat og på vores opfattelse af denne. Og jeg nåede først til en temmelig nedslående konklusion: Ikke særlig meget. Mit primære juridiske speciale er folkeret og især krigens regler og brug af international væbnet magt.<sup>1</sup> Det er jo ikke ligefrem viden om dét, som efterlyses i opslaget. Men, og der er et men, et af mine andre specialer er terrorisme – eller rettere terrorbekæmpelse – og jeg har godt nok læst mange bøger om, hvordan vi i de demokratiske samfund skal forsøge at bekæmpe truslen fra den internationale terrorisme. Jeg har også læst og skrevet en masse om især den amerikanske krig mod terror, og om de mangeartede retlige og politiske problematikker, som denne rejste, såvel i USA som i resten af verden.<sup>2</sup> Jeg nåede derfor også for ganske nylig til den konklusion, at jeg måske alligevel godt kunne have noget interessant at bidrage med i debatten om vores danske retsstat, der kunne bestå ”pølsemændstesten”.

De indholdsmæssige begrænsninger i mine faglige (og til dels åndelige) kompetencer betyder imidlertid, at mit bidrag hverken handler om kamphunde, bandepakker, lømmelpakker, knivforbud, fodlænker eller burkaer. Så hvis det er dét, du som læser gerne vil vide noget om, så kan du bruge tiden bedre på den lokale Steff-Houlberg. Mit bidrag handler udelukkende om *terrorismen*. Eller det vil sige *antiterrorisme*. Eller for at være endnu mere præcis *antiterrorlovgivningen*. For det er dét, som jeg har en forhåbning om, at jeg ved mere om end pølsemænden. Om der er hold i denne forhåbning, vil du kunne fortælle mig om ca. 100 sider (hvis du altså gider at læse så langt).

Mit sigte med dette bidrag er i virkeligheden både ret banalt og ret kompliceret. Jeg vil nemlig forsøge at forklare på hvilke punkter den megen antiterrorlovgivning i Danmark, der er blevet vedtaget siden den 11. september 2001, udfordrer vores retsstat. Dette sigte er på den ene

side ret banalt, fordi det jo sådan set "bare" er at se på indholdet af antiterrorlovgivningen og sammenholde det med det retsstatsbegreb, som vi bekender os til i vores del af verden. På den anden side er det imidlertid også ret kompliceret, fordi en sådan analyse i virkeligheden er ret besværlig at lave. For hvis man vil vide mere end pølsemanden om det pres, som vores retsstat er udsat for, så er det nemlig nødvendigt at forsøge at identificere de mere grundlæggende strømninger og tendenser, som antiterrorlovgivningen blot er et udtryk for. For det er selvfølgelig først og fremmest disse strømninger og tendenser, der kan forklare os noget mere grundlæggende om retsstatens tilstand og om dennes sandsynlige udvikling. Det er selvfølgelig også nødvendigt at forsøge at gøre sig klog på, hvad der egentlig indeholdes i det retsstatsbegreb, som vi jurister ofte anvender i flæng.

Formen i dette bidrag er skrevet ud fra de præmisser, der opstilles i Advokatsamfundets opslag. Der er mange måder at skrive et bidrag som dette på, men jeg noterer mig, at der både er et *indholdsmæssigt* ønske om en vis teoretisk dybde og et *fremstillingsmæssigt* ønske om en vis tilgængelighed. Jeg har bestræbt mig på at efterkomme dette ønske, om end det jo ikke ligefrem er det letteste ønske at opfylde. Komplicerede emner kan nu engang ofte være ret komplicerede at formidle. Advokatrådets ønske om både indholdsmæssig dybde og tilgængelighed minder herved lidt om den balance mellem frihed og sikkerhed, der er så central for bekæmpelsen af terrorisme. Det kommer vi tilbage til senere. Mine bestræbelser på at finde den rette balance mellem kompleksitet og tilgængelighed betyder, at jeg har skruet (lige vel rigeligt vil nogle sikkert mene) ned for de teoretiske udredninger og i stedet har forsøgt at holde mig til de store linjer. Det betyder i sagens natur, at der undertiden bliver hugget en teoretisk hæl og klippet en akademisk tå, men sådan må det være, hvis ønsket skal opfyldes. Sigtet er under alle omstændigheder ikke at forsøge at afgøre eksisterende teoretiske uenigheder om vanskelige retlige fænomener (dét lød i hvert fald ikke særlig tilgængeligt!), men i



stedet at henlede opmærksomheden på nogle tendenser af potentiel betydning for vores retsstat og et grundlæggende dilemma i vores demokrati. På tilgængelighedens alter har jeg også valgt at begrænse længden af mine fodnoter (og det gøres ikke uden smerte, når man nu engang er glad for at skrive lange noter) og placeret dem til sidst i bidraget.

Til sidst skal der lige lyde en tak til Professor Mark Tushnet fra Harvard University med hvem, jeg havde en interessant og faglig udbytterig snak om emnet i dette bidrag og til Professor Adrian Vermeule og Professor Jack Goldsmith fra samme institution. Min udvidede frokostsamtale med disse var også særdeles interessant. Også tak til Jens Ringsmose fra Syddansk Universitet og Politiadvokat Steen Jacobsen for gode kommentarer, og til Jens Elo Rytter fra Københavns Universitet, der kommenterede på udvalgte dele af kapitel 5.

Anders Henriksen, 15. november 2010.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Bidraget har været genstand for en lettere opdatering i forhold til den udgave, der blev indleveret til Advokatsamfundet i ultimo maj 2010.

# Indledning

## *Om debatten*

"Retsstaten smuldrer", "På vej ned af slisken", "Ikke en retsstat værdig!" Ja, det ville være synd at sige, at den megen antiterrorlovgivning, som vores politikere har vedtaget siden angrebene i USA den 11. september 2001 er blevet lige positivt modtaget alle vegne. Det har ikke skortet på kritik, og det er fra flere sider blevet anbefalet, at i hvert fald dele af antiterrorlovgivningen skrotes. Senest anbefalede den borgerlige liberale tænketank CEPOS i juli 2010, at Folketinget afskaffede den del af terrorlovgivningen, der vedrørte såkaldt 'logning' af borgernes kommunikation.<sup>3</sup> Faktisk er der vel ikke noget emne – måske med undtagelse af Irak-krigen – der i samme omfang har fået følelserne i kog og fået folk til at strø om sig med både jordnære skældsord og "akademiske svinere" i løbet af de snart ti år, der er gået siden Muhammed Atta og hans medhjælpere styrede deres fly ind i Tvillingetårnene.

Kritikken af antiterrorlovgivningen har især været hård i den mere akademiske del af samfundet, og det synes nærmest at være den almindelige antagelse i visse akademiske kredse, at vi med terrorlovgivningen går terroristernes ærinde. Som en af de skarpeste kritikere af antiterrorlovgivningen, Professor ved Københavns Universitet Eva Schmidt, udtaler, så er det "terroristernes ønske ... at ødelægge vores frie og demokratiske samfund. Men i vores iver efter at lave alle mulige sikkerhedsbestemmelser er vi godt i gang med at hjælpe dem på vej."<sup>4</sup> Ja, der har sågar været universitetsfolk, der ikke har været for fine til at drage paralleller fra nutidens antiterrorisme til den nu (i hvert fald i de mere teoretiske kredse) så berømte tyske nazi-jurist Carl Schmidt. De slet skjulte hentydninger har (når bølgerne gik højest) været, at *antiterrorismen* havde lighedspunkter med *fascismen*. Det, som vi med andre ord i vores samfund skal frygte, er ikke terroristerne, men derimod os selv.

I et lidt større perspektiv kan det ikke undre, at debatten om antiterrorlovgivningen har været – og til dels fortsat er – så følelsesladet. For som andre liberale samfund har vi også i det danske samfund siden den 11.

september 2001 været nødt til at forholde os til nogle endog meget komplicerede spørgsmål om vores sikkerhed og vores frihed. Nogle af disse spørgsmål har været af *praktisk* karakter, såsom hvordan vi bedst beskytter vores samfund fysisk mod terrorister. Hvor mange sikkerhedsforanstaltninger skal vi have i vores lufthavne? Skal vores politikere have livvagter? Skal det være forbudt at købe den slags gødning, der også kan bruges til at lave bomber? Her har debatten været til at overse. Det samme kan ikke siges om de spørgsmål, der har været af mere *principiel* karakter, såsom hvor langt vi skal gå for at beskytte vores samfund. Terrortruslen har blottet en grundlæggende uenighed om nogle af de begreber, som vi til daglig anvender uden altid at tænke over deres præcise afgrænsning. Det har lige pludselig vist sig, at vi ikke er enige om, hvad vi forstår ved begreber som "demokrati", "frihed", "sikkerhed" og "retsstat". I de principielle debatter har vi stillet os selv vanskelige spørgsmål, såsom hvor meget frihed vi skal være villige til at give afkald på for at føle os mere trygge. Hvor går grænsen for statens indgreb i vores frihed? Er der egentlig en grænse? Hvem skal i grunden sætte en eventuel grænse?

Når principperne er store er følelserne det ligeså, og debatten har til tider været præget af de mere polariserede synspunkter. På den ene side har nogle kritikere – som illustreret indledningsvis – set terrorlovene som symbolet på retsstatens endeligt, og det endelige bevis på, at demokratiet er ved at nedlægge sig selv. Et samfund, der fængsler folk på baggrund af hemmelige beviser og straffer politiske organisationer, der sender penge til organisationer i fjerne egne af verden, der kæmper mod undertrykkelse, fortjener ganske enkelt ikke prædikatet retsstat! Eller som Professor i Samfundsvidenskab ved Roskilde Universitet Peter Høilund skriver i *Frygtens Ret*, så er "grænsen for acceptable indskrænkninger i det politiske liv ... overskredet."<sup>5</sup> Der har imidlertid på den anden side også været fortalere for endnu flere stramninger. Nogle mener, at vi netop skal stramme sikkerheden for at sikre, at vi kan bevare vores frihed og retsstat, og hvis vi holder for meget fast i vores fine idealer, så hjælper vi bare de terrorister, der er ude på at ødelægge vores samfund. Det samfund, der ikke skruer op for sikkerheden, er som et dyr, der står fastfrosset på vejbanen og kigger ind i forlygterne på en bil, der kommer buldrende mod det! Retsordføreren

fra Dansk Folkeparti, Peter Skaarup, har eksempelvis ved flere lejligheder gjort sig til talsmand for endnu mere antiterrorlovgivning og kritiseret skeptikere for at have ”en alt for blåøjet tilgang til terrorspørgsmålet”.<sup>6</sup>

Debatten om antiterrorismen i Danmark har imidlertid indtil nu hovedsagelig haft karakter af indbyrdes uafhængige *mikro-debatter*, der har været centreret om et konkret antiterroriltag. Så når Folketinget har gennemført en lovændring (som regel en stramning) eller når domstolene har truffet afgørelse i en given sag (ikke altid en domfældelse), så har debatten raset om det hensigtsmæssige ved netop denne konkrete lov eller sag. Så har vi diskuteret, om vi som samfund bør straffe personer, der yder økonomisk støtte til en organisation, der bl.a. gør brug af terror, om definitionen af terrorisme i Straffeloven er god eller dårlig, om det er rimeligt, at bankerne kan tippe myndighederne om mistænkelige overførsler, om det er i strid med Grundloven at pålægge udlændinge på tålt ophold opholdspligt uden domstolskontrol, og om der bør indføres røntgenskannere i lufthavene, der kan gennemlyse vores kroppe, når vi rejser på sommerferie. Og på Dagbladet Informations initiativ diskuterede vi i sommeren 2010, om de elementer af terrorlovgivningen, der pålægger virksomheder at lagre oplysninger om borgernes kommunikation udgør et problem i forhold til retsstaten og om de i øvrigt giver mening.

Alle disse livlige og mangeartede diskussioner er af stor betydning og endda helt nødvendige i et demokratisk samfund, for hver gang vores politikere indskrænker vores frihed, så *skal* vi som borgere og samfund diskutere og – i udgangspunktet i hvert fald – forholde os kritiske til det. De mange mikro-debatter har imidlertid i en vis grad også stået i vejen for den ligeså vigtige – om ikke endnu vigtigere – *makro-debat* om, hvordan vi som samfund skal forholde os til den *akkumulerede* effekt af de mange konkrete antiterroriltag. Hvad er den samlede virkning af de mange antiterrorlove på vores frihed? Hvad er de mange love udtryk for? Truer udviklingen som sådan vores retsstat? Det er vigtigt, at vi som samfund ikke kun nøjes med at diskutere de konkrete antiterroriltag, men også stiller os selv nogle lidt mere overordnede spørgsmål om summen af tiltagene. Formålet med dette bidrag er at forsøge at give et svar på netop sådanne spørgsmål.

### *Om dansk antiterrorisme og fokus i bidraget*

Siden angrebene den 11. september 2001 har den danske regering og det danske folketing iværksat et hav af antiterrorismetiltag for at beskytte Danmark mod truslen fra terrorisme, og der er stort set ikke det ministerium, der ikke på den ene eller anden måde har været involveret i et eller andet antiterrorinitiativ eller på anden vis været nødt til at forholde sig til dansk antiterrorisme. Mens *justitsministeriet* har haft det primære ansvar for udarbejdelsen af den danske antiterrorlovgivning – konkret de to store ”terrorpakker” – og for at gøre det danske politi, herunder i særdeleshed Politiets Efterretningstjeneste, i stand til at bekæmpe terrorisme på de danske gader og stræder, har *økonomi- og erhvervsministeriet* og *skatteministeriet* haft hovedrollen, når det har handlet om at forhindre finansiering af terrorisme. *Ministeriet for flygtninge, indvandrere og integration* har haft til opgave at holde øje med mulige terrorister blandt de mange udlændinge, der søger opholdstilladelse i Danmark, og *transportministeriet* har spillet en central rolle for terrorsikringen af dansk infrastruktur, såsom danske jernbaner, havne og lufthavne. Danmarks internationale bestræbelser på at bekæmpe terrorisme har været centreret i *udenrigsministeriet*, der har haft til opgave at forsøge at beskytte Danmark mod terrorisme ved at pleje vores eksterne relationer og indlede diverse diplomatiske tiltag for at forsøge at dæmpe nogle af de internationale og regionale spændinger, der har betydning for spredningen af terrorisme. En opgave som ministeriet bl.a. har forsøgt at løfte gennem varetagelsen af det danske medlemskab af FN’s Sikkerhedsråd i 2005 og 2006. Og i den skarpeste ende af dansk antiterrorisme har *forsvarsministeriet* stået for deployeringen af de danske styrker, som Folketinget har sendt på internationale terrorbekæmpende operationer, såsom *Operation Enduring Freedom* og International Security Assistance Force (ISAF) i Afghanistan.

Det er oplagt, at der kan være behov for at forholde sig til alle disse mange tiltag, hvis man vil have et fuldstændigt overblik over den danske antiterrorisme og dennes indvirkning på vores retsstat. I bidraget begrænses analysen imidlertid ikke desto mindre til den del af antiterrorindsatsen, der tager form af konkret *antiterrorlovgivning*. Det berøres derfor heller ikke, hvilken

betydning (om nogen) de "allerblødeste" danske antiterroriltag (såsom sociale antiradikaliseringsforsøg) eller de "allerhårdeste" (såsom angreb på mistænkte terrorister i Helmand-provinsen i Afghanistan) har for vores retsstat.

### *Om sammenlignelige stater*

Advokatsamfundet ser gerne, at der i en analyse af den danske udvikling siden efteråret 2001 trækkes komparative paralleller til et eller flere andre europæiske lande. Der trækkes imidlertid *ikke* i dette bidrag nogen eksplicitte komparative paralleller. Den væsentligste årsag hertil er, at det ikke er oplagt, at der er nogen stat, som vi med fordel kan sammenligne Danmark med. Det kræver selvfølgelig en præcisering.

Hvis vi vil lave en komparativ analyse af forholdene i to stater, kræver det, at vi ved, hvad vi gerne vil sammenligne og hvorfor. Hvad skal vi med andre ord bruge den komparative analyse til? Advokatsamfundets interesse i komparative paralleller bunder (som jeg forstår opslaget) i et ønske om at se, hvordan andre europæiske stater har grebet udfordringen fra terrorisme an, og hvordan man i sådanne stater har forsøgt at balancere frihed og sikkerhed. Men for at vi kan bruge sådan en undersøgelse til noget i vores bestræbelser på at afklare, hvorledes *vi* har grebet antiterrorismen an, og hvordan *vi* balancerer frihed og sikkerhed, så kræver det, at de forudsætninger, der ligger til grund for denne antiterrorisme og balancering er nogenlunde ens. Det kræver således, at man i de pågældende stater har nogenlunde den samme opfattelse, som vi har i Danmark, af to ting. For det første hvorledes samfundet skal bekæmpe trusler mod dets sikkerhed og for det andet hvor alvorlig truslen mod samfundet fra terrorismen er. Dette er ikke et forsvar for den vanlige danske andedamsmentalitet om, at "vi kan ikke lære noget af andre stater", men komparative analyser giver nu engang kun mening, hvis det er muligt at sammenligne dét, som man ønsker at sammenligne, på en fornuftig måde. Det lige skal med andre ord være i hvert fald nogenlunde lige.

Det er påstanden på dette sted, at det er overordentlig vanskeligt at finde nogle stater, som det giver komparativ mening at sammenligne Danmark med på terrorområdet. Vi plejer selvfølgelig at sammenligne det danske samfund

med først og fremmest de andre skandinaviske samfund, såsom Norge og Sverige, der på mange måder minder om vores. Men det giver altså kun begrænset mening på antiterrorområdet, eftersom det er den almindelige antagelse, at truslen fra terrorismen er væsentligt større mod det danske samfund end mod henholdsvis det norske og svenske. Hvorvidt denne antagelse er rigtig eller ej, er underordnet, for det er først og fremmest opfattelsen af truslens alvor, der ligger til grund for udformningen af antiterrorlovgivningen og dermed også for den prioritering af frihed og sikkerhed, som denne er et udtryk for.

Der er dog i hvert fald to gode grunde til at antage, at terrortruslen mod Danmark er større end den er mod Norge og Sverige. Den første er det meget tætte danske forhold til USA. I modsætning til Norge og (især) Sverige har Danmark nemlig siden den 11. september 2001 i udenrigs- og sikkerhedspolitik forstand stået, om ikke side om side, så noget, der ligner med USA. Den danske regering bakkede fra starten op om Irak-krigen og havde indtil august 2007 et større (efter danske forhold i hvert fald) antal styrker i den sydlige del af Irak. Danske styrker har også en meget offensiv rolle i Afghanistan, hvor vi for tiden har et større (igen, efter danske forhold) styrkebidrag i en af de allerfarligste afghanske provinser, Helmand. Det ualmindeligt tætte forhold til USA og den særdeles "aktive" udenrigspolitik gør det nærliggende at antage, at Danmark i højere grad end Norge og Sverige vil kunne være et potentielt mål for terrorisme, hvad vi da desværre også har været flere gange.<sup>7</sup>

Den anden grund er selvfølgelig Jyllands-Postens offentliggørelse af Muhammed-tegningerne den 30. september 2005. Det er nemlig næppe for meget sagt, at Danmark siden da er rykket et godt stykke højere op på den islamistiske terrorismes rangliste over "forhadte vestlige stater". Der er selvfølgelig endnu et godt stykke vej til den evige etter – USA ("den store satan") – og to'er – Israel ("den lille satan") – men vi er (desværre) afgjort rykket op på listen. Vi har i hvert fald – og det er dét, der er pointen her – distanceret både Norge og (især) Sverige, der fortsat må regnes for tilhørende gruppen af "ikke så forhadte vestlige stater".<sup>8</sup> Politiets Efterretningstjeneste har da også – ikke overraskende – ved flere lejligheder vurderet, at offentliggørelsen, herunder genoptrykningen af tegningerne, har betydning for terrortruslen mod vores samfund.<sup>9</sup>

I stedet for eksplicitte komparative paralleller mellem Danmark og de andre nordiske lande, gives der i dette bidrag i stedet en række mere generelle eksempler på indholdet af antiterrorlovgivningen og relevant domspraksis i henholdsvis Storbritannien og USA. Det er vigtigt at understrege, at disse eksempler ikke må sidestilles med en (fejlagtig) antagelse om, at disse stater skulle være mere sammenlignelige med Danmark på antiterrorområdet end eksempelvis Norge og Sverige (pointen er netop, at der *ikke* er nogen stater, der er sammenlignelige), men eksemplerne er medtaget, fordi de undertiden kan bidrage til at illustrere nogle af de problemstillinger, der er forbundet med antiterrorismen.

### *Om krig, Carl Schmidt og undtagelsen som normen*

Den akademiske debat på især universiteterne om antiterrorismen har i høj grad været præget af ofte særdeles teoretiske diskussioner om grundlæggende begreber, såsom sikkerhed, undtagelse og undtagelsestilstand. Centralt i disse diskussioner har stået den pludselig så berømte tyske jurist Carl Schmidt, der i høj grad forsynede nazismen med den fornødne juridiske ammunition til at gennemføre dens uhyrligheder. De mange diskussioner om undtagelse har været (og er til dels fortsat) ganske interessante, men på mange punkter også aldeles irrelevante for debatten om antiterrorisme og dets indvirkning på retsstaten i Danmark. De mange teorier kan naturligvis undertiden tjene som velegnede teoretiske værktøjer, der kan belyse nogle af de problemer, der opstår, når en stat føler et behov for at forsvare sig selv mod en trussel, og i den anledning laver særregler på et givent område, men de er kun i beskedent omfang i stand til at besvare de mere håndgribelige udfordringer, som et samfund som det danske står over for i disse år. De mange Schmidt-affectionados går derfor i høj grad også forgæves i dette bidrag. Vi skal i den forbindelse hele tiden huske på, at ingen danske politikere nogensinde har påstået, at vi er i krig med terrorister i ordets egentlige retlige forstand eller at der skulle være undtagelsestilstand i Danmark. Danmark har heller ikke fraveget sine forpligtelser i Den Europæiske Menneskerettighedskonvention, og ingen betvivler, at de danske domstole kan prøve lovligheden af den danske terrorlovgivning. Som vi skal se i løbet af dette



bidrag, er der med andre ord himmelvid forskel på antiterrorindsatsen i Danmark og antiterrorindsatsen i steder som USA, hvor de mange teoretiske diskussioner var – og til dels fortsat er – mere relevant.

### *Bidraget i oversigt*

Analysen i bidraget folder sig ud som følger. Vi starter i kapitel 1 med at forsøge at skabe et overblik over, hvad der egentligt er blevet lovgivet om på antiterrorområdet i Danmark. Hvad er det konkret, som Folketinget har vedtaget? Gennemgangen i kapitlet afslører ikke overraskende, at Folketinget har gennemført en lang række lovgivningsmæssige tiltag, og – måske mere overraskende – at en meget stor del af disse tiltag har sin rod i Danmarks internationale forpligtelser. Den illustrerer derfor også, at den danske antiterrorlovgivning på mange punkter minder om den antiterrorlovgivning, der er blevet vedtaget i andre stater.

I kapitel 2 og 3 ser vi på, hvad den danske antiterrorlovgivning er udtryk for. Ifølge Peter Høilund ser vores antiterrorlovgivning ud, som den gør, fordi vi i vores samfund i løbet af de seneste ti år skulle have udviklet det, som Høilund betegner som en decideret ”frygtkultur”, der bevirker, at vores lovgivning er drevet af ”en frygt, der stort set har ophævet de politiske magtkampe mellem de politiske fløje.”<sup>10</sup> Der er næppe nogen tvivl om, at frygt – eller måske rettere bekymring – for terrorisme har haft betydning for udformningen af vores antiterrorlovgivning for frygt/ bekymring ligger jo bag meget lovgivning. Men det er ikke oplagt, at Høilund har ret i, at begrebet frygt *i sig selv* er egnet til at fremme vores forståelse af, hvorfor vores antiterrorlovgivning ser ud, som den gør. I kapitel 2 redegøres der da også i stedet for, at antiterrorlovgivningen først og fremmest ser ud som den gør, fordi vi i det danske samfund (som i så mange andre samfund) har ændret vores tilgang til håndteringen af truslen fra terrorisme. Hvor vi før hen forsøgte at afskrække terrorister fra at gøre alvor af eventuelle terrorplaner ved at vise dem, at vi straffer terrorisme – den såkaldte afskrækkelsesteori – har vi siden den 11. september 2001 i langt højere grad forsøgt at forebygge terrorisme ved at give myndighederne de fornødne beføjelser til at slå til meget tidligere mod forventet terrorisme. Det er derfor også bidragets

påstand, at antiterrorlovgivningen mere handler om et ønske om øget forebyggelse end om eksistensen af en ”frygtkultur”. I kapitel 3 illustreres det, hvorledes den megen antiterrorlovgivning med dens betoning af forebyggelse i høj grad også er et udtryk for, at vores politikere har valgt at skrue op for sikkerheden i vores samfund, og at dette langt hen af vejen er sket på bekostning af vores frihed.

På baggrund af denne gennemgang af dels indholdet af antiterrorlovgivningen og dels, hvad lovgivningen er udtryk for, så vender vi os i den resterende del af bidraget mod en vurdering af denne lovgivnings indvirkning på retsstaten. Vi starter i kapitel 4 med at se lidt nærmere på, hvad begrebet ”retsstat” egentlig er for noget. Hvad mener vi med begrebet, når vi bruger det? Denne gennemgang er selvsagt nødvendig for at kunne svare på, hvorledes antiterrorlovgivningen udfordrer vores retsstat. I kapitel 5 vender vi os så (endelig) mod det, som det hele drejer sig om. På hvilken måde udfordrer den danske antiterrorlovgivning med dens betoning af forebyggelse og højere prioritering af sikkerhed det retsstatsbegreb, som vi bekender os til i vores del af verden? Hvad er de potentielle problemer mere konkret med vores lovgivning? Herefter kigger vi i kapitel 6 på et af de spørgsmål, der i særlig grad optager jurister, nemlig spørgsmålet om, hvilken rolle domstolene skal spille i antiterrorismen. Skal domstolene være tilbageholdende, når de efterprøve de beslutninger, som vores myndigheder træffer, når de prøver at forsvare os mod truslen fra terrorisme eller skal de gøre som de plejer? Spørgsmålet er særlig relevant i Danmark, hvor forløbet omkring Tuneser-sagen viste, at de danske domstole kan komme under et ganske voldsomt pres i terrorsager – og desværre også kan finde på at give efter.

I kapitel 7 samler vi til sidst op på de foreløbige konklusioner og forsøger at kigge lidt fremad og give et bud på, hvad antiterrorlovgivningen kommer til at få af betydning for udviklingen af vores retsstat på sigt. Samme sted argumenteres der også for, at vi, der er jurister, har et særligt ansvar for at sikre respekten for vores retsstat i tider som disse, ligesom der gives et konkret forslag til, hvordan vi kan styrke vores retsstat mod de udfordringer, som antiterrorlovgivningen stiller. Det anbefales således, at Folketinget skeler lidt til praksis i lande som USA og Storbritannien og begynder at indføre tidsmæssige

begrænsninger på antiterrorlovgivningen i form af såkaldte "sunset clauses", der foreskriver, at lovgivningen automatisk udløber efter et på forhånd fastsat tidsrum.

Som læseren vil opdage i den sidste halvdel af bidraget, så er den grundlæggende pointe ret simpel. Vores antiterrorlovgivning udfordrer på en række punkter vores retsstat, men der er (heldigvis) næppe nogen grund til at finde gravøllet frem endnu. Der er ganske vist enkelte problemer, men den største udfordring for vores retsstat er ikke selve *indholdet* af antiterrorlovgivningen, men derimod politikernes lejlighedsvis mangel på respekt for de vigtige krav til *proces og form*, som retsstaten opstiller. Vi skal med andre ord – og lidt groft sagt – ikke være så bange for de ting, som vores politikere skriver i lovene, at vi ikke må foretage os, men i stedet være bekymrede for, om lovgivningsprocessen har været god nok, om formuleringerne i lovene er tilstrækkelig præcise, og om vi får en ordentlig prøvelse af de indgreb i vores frihed, som myndighederne foretager på baggrund af lovene. Men det kan selvfølgelig også være alvorligt nok.

## Kapitel 1. Den danske antiterrorlovgivning

*"For Danmarks vedkommende er terrorismen en trussel mod samfundet og de værdier, som det bygger på, og mod den enkelte borger. Efter regeringens opfattelse er det derfor afgørende, at myndighederne har de fornødne redskaber med henblik på forebyggelse, afværgelse og efterforskning af terrorisme."*<sup>11</sup>

### Indledning

For at forstå baggrunden for den danske antiterrorlovgivning er det nødvendigt at forstå, at en stor del af denne er uløseligt forbundet med de mange internationale antiterrorforpligtelser, som Danmark efterhånden er blevet pålagt. Væsentlige dele af den danske antiterrorlovgivning har nemlig slet ikke sin oprindelse i det danske folketing, men derimod i internationale fora som FN og EU. Derfor redegøres der også i det følgende indledningsvis for indholdet af de mest relevante internationale forpligtelser på området inden indholdet af den danske antiterrorlovgivning gennemgås. Endelig illustreres det til sidst i kapitlet, at de mange internationale forpligtelser på antiterrorområdet betyder, at i hvert fald store dele af indholdet af den danske antiterrorlovgivning er om ikke identisk så i hvert fald minder meget om de antiterrorlovgivninger, som også andre stater har vedtaget siden den 11. september.

### De internationale antiterrorforpligtelser

Den 11. september 2001 eksisterede der allerede et antal internationale "anti-terror-konventioner", der havde til formål at kriminalisere de handlinger, der oftest begås af terrorister, og som skulle vanskeliggøre udførelsen af international terrorisme.<sup>12</sup> Danmark havde på daværende tidspunkt ratificeret alle disse konventioner, bortset fra FN's konvention til forebyggelse af finansiering af terrorisme, der forpligter stater til at forsøge at forhindre finansiering af terrorisme<sup>13</sup> og foreskriver, at en stat ikke kan nægte udlevering af en person, der er mistænkt for at have begået en forbrydelse med den begrundelse, at forbrydelsen er politisk.<sup>14</sup> Rækken af *globale* antiterrorkonventioner er siden den 11. september 2001 blevet suppleret af en konvention om nuklear terrorisme i 2005, der skal forebygge terrorisme begået med nukleare materialer. Dertil er

kommet en række *regionale* konventioner, herunder først og fremmest Europarådets konvention om forebyggelse af terrorisme fra 2005.

Efter den 11. september 2001 blev international terrorbekæmpelse et af de vigtigste formål i FN, og såvel FN's Generalsekretær som FN's Generalforsamling og FN's Sikkerhedsråd har siden da vedtaget et hav af deklARATIONER og resolutioner om terrorisme. Den vigtigste af disse er resolution 1373 af 28. september 2001, der blev vedtaget i Sikkerhedsrådet i henhold til FN Paktens kapitel 7, der giver rådet beføjelser til at træffe bindende foranstaltninger for at opretholde international fred og sikkerhed. Resolutionen indeholder såvel bindende pålæg, som ikke-bindende anbefalinger til staterne. Ved resolutionen blev staterne således *pålagt* at indefryse finansielle midler mv., der tilhører terrorister eller terrororganisationer, at forbyde enhver at stille finansielle midler eller serviceydelser til rådighed for terrorister eller terrororganisationer, at tage de fornødne skridt til at forhindre terrorhandlinger, at nægte at give ly til terrorister, at sikre retsforfølgning og passende sanktioner til terrorister og at forhindre terroristers færden ved bl.a. effektiv grænsekontrol og foranstaltninger til forebyggelse af svig med identitetspapirer og rejsedokumenter.<sup>15</sup> Herudover *opfordredes* staterne bl.a. til at intensivere og fremme udvekslingen af efterretninger og samarbejde i administrative og retlige sager vedrørende terrorister og at træffe passende foranstaltninger for at sikre, at asylsystemerne ikke misbruges af asylsøgere, der har begået terrorisme.<sup>16</sup> Endelig oprettedes i resolutionen et særlig monitoreringsorgan i form af en antiterrorkomite, der kontrollerer, om staterne lever op til deres (nye) forpligtelser på området og til hvem, staterne har en indrapporteringspligt.<sup>17</sup> En anden relevant resolution fra Sikkerhedsrådet er resolution 1624 fra 14. september 2005, der opfordrer alle stater til at kriminalisere og forebygge tilskyndelse til terror.<sup>18</sup>

Det er imidlertid ikke bare FN, der har pålagt stater som Danmark forpligtelser på antiterrorområdet. Det samme har EU. Europa var allerede inden den 11. september 2001 bekendt med terror, og især Tyskland og Italien var under den Kolde Krig plaget af venstreorienterede terrororganisationer, der søgte at omstyrte det tyske og italienske samfund. Parallelt hermed har stater som Spanien, Storbritannien og Frankrig i årtier forsøgt at bekæmpe nationale

politiske organisationer, der har gjort brug af terror for at opnå selvstændighed for en given region. Dertil kommer, at der allerede inden den 11. september havde været flere terrorangreb i Europa, der havde sin oprindelse eller sin rod i Mellemøsten. På trods af de righoldige erfaringer med terrorisme i Europa, var det imidlertid begrænset, hvor mange fælles europæiske initiativer, der fandtes på antiterrorområdet indtil angrebene den 11. september, og terror blev indtil da mest af alt anset for at være et nationalt anliggende eller i det mindste et problem, der uden de store anstrengelser kunne håndteres inden for de eksisterende rammer for fælles europæisk samarbejde, herunder politisamarbejde.<sup>19</sup>

Angrebene den 11. september satte imidlertid gang i udviklingen i EU, og allerede den 20. september 2001 enedes medlemsstaternes justits- og indenrigsministre om en række antiterroriltag, såsom udarbejdelsen af en fælleseuropæisk terrordefinition, introduktionen af en fælleseuropæisk arrestordre og en fælleseuropæisk konvention om øget samarbejde på det kriminalitetsbekæmpende område, etableringen af fælleseuropæiske antiterrorspecialister og en styrket indsats mod terrorfinansiering.<sup>20</sup> To ting skal dog bemærkes om EU's antiterroriltag. For det første er mange af tiltagene ikke begrænset til terrorisme, men derimod beregnet på at styrke det generelle samarbejde på det kriminalitetsbekæmpende område. Det gælder især for så vidt angår den særlige arrestordre (se nedenfor). For det andet var mange af de nye tiltag allerede under forberedelse i årene op til angrebene, så den 11. september satte derfor langt hen ad vejen også blot fart i nogle allerede planlagte tiltag.

Af de mange initiativer i EU springer to i øjnene. Det ene var vedtagelsen den 13. juni 2002 af en beslutning om etableringen af en *europæisk arrestordre*, der letter procedurerne for udlevering af bl.a. mistænkte terrorister inden for EU's medlemsstater.<sup>21</sup> Ordren erstattede den traditionelle interstatslige tilgang til udlevering baseret på konkrete udleveringsaftaler med et generelt princip om, at medlemsstaterne anerkender hinandens retlige afgørelser vedrørende arrestation af en person. Den er derfor også udtryk for et betragteligt paradigmeskift på området.<sup>22</sup> Det andet initiativ var rammeafgørelsen fra Rådet om *bekæmpelse af terrorisme*, der også blev vedtaget den 13. juni 2002.<sup>23</sup>

Formålet med rammeafgørelsen er at øge den gensidige bistand EU-landene imellem på antiterrorområdet og tilnærme staternes lovgivning. Til det formål opstiller rammeafgørelsen bl.a. en fælles definition af terrorisme og terrorgrupper<sup>24</sup>, ligesom den pålægger medlemsstaterne at kriminalisere handlinger relateret til terrorisme<sup>25</sup> og at sørge for, at staterne er i stand til at udøve den fornødne jurisdiktion over personer, der er mistænkt for at udøve terrorisme.<sup>26</sup> Den 28. november 2008 gjorde Rådet en tilføjelse til rammeafgørelsen, hvorved det pålagde medlemsstaterne at kriminalisere en række yderligere handlinger relateret til terrorisme. Det drejer sig om offentlig tilskyndelse til terrorisme, rekruttering til terror, og terrortræning.<sup>27</sup> På daværende tidspunkt havde Europarådet allerede (den 16. maj 2005) vedtaget en *konvention om forebyggelse af terrorisme*, der forpligtede Europarådets medlemsstater til at kriminalisere og retsforfølge de selvsamme handlinger.<sup>28</sup>

### **Den danske antiterrorlovgivning**

Den 11. september 2001 havde dansk lovgivning kun i beskedent omfang taget særligt højde for terrorisme, og der fandtes eksempelvis ikke nogen definition af terrorisme i den danske straffelov. Terrorismen var med andre ord "blot" at anse som anden form for kriminalitet. Angrebene den 11. september og den øgede internationale aktivitet på antiterrorområdet førte imidlertid til, at den danske regering (der indtil den 27. november 2001 var ledet af Poul Nyrup Rasmussen) begyndte at undersøge, om Danmark var i stand til at imødegå den mulige trussel mod vores samfund fra terrorismen og om vores lovgivning var up-to-date.

De første lovgivningsmæssige antiterroriltag, der blev iværksat efter den 11. september i Danmark, var vedtagelsen af den såkaldte "terror-pakke" den 6. juni 2002<sup>29</sup>, der først og fremmest blev introduceret for at sikre, at Danmark opfyldte sine internationale forpligtelser på antiterrorområdet og for at bane vejen for, at Danmark kunne ratificere FN's terrorfinansieringskonvention. Det hører imidlertid med til historien, at dele af terrorpakken, såsom først og fremmest ændringerne i retsplejeloven, ikke var begrundet i vores internationale forpligtelser, men derimod i et politisk ønske på Christiansborg om at styrke politiets beføjelser.

På justitsministeriets område førte terrorkpakken til ændringer af straffeloven, retsplejeloven, loven om konkurrence- og forbrugerforhold på telemarkedet, våbenloven, udleveringsloven og lov om udlevering af lovovertrædere til Finland, Island, Norge og Sverige. Ændringerne i *straffeloven* betød bl.a., at der blev indsat en ny terrorismebestemmelse, der i overensstemmelse med EU's rammeafgørelse om bekæmpelse af terrorisme indeholder en definition af terrorisme<sup>30</sup>, ligesom det blev gjort mere strafbart end hidtil at yde eller formidle støtte, herunder økonomisk støtte, til terrororganisationer eller på anden måde medvirke til at fremme terrorvirksomhed.<sup>31</sup> Der blev også indført en ny bestemmelse om spredning af masseødelæggelsesvåben m.v.<sup>32</sup> og indført en mere videregående adgang til at pålægge juridiske personer bødestraf.<sup>33</sup>

Med terrorkpakken gennemførtes også en række ændringer i reglerne i *retsplejeloven* om indgreb i meddelelshemmeligheden, observation og dataaflæsning – populært betegnet ”overvågning” – der havde til formål at styrke politiets muligheder for at efterforske alvorlig kriminalitet, herunder også terrorisme. Terrorkpakken pålagde eksempelvis teleudbydere at registrere og opbevare oplysninger om teletrafik i op til et år<sup>34</sup>, ligesom politiets beføjelser til at gennemføre hemmelige ransagninger, herunder eventuelt gentagne ransagninger, blev udvidet.<sup>35</sup> Der blev også åbnet op for, at politiet ved eksempelvis installering af særlige softwareprogrammer kan aflæse og registrere private oplysninger i informationssystemer såsom på personlige computere, som politiet mistænker benyttes ved terrorisme eller anden alvorlig kriminalitet.<sup>36</sup>

I *udleveringsloven* blev der på baggrund af vedtagelsen af den europæiske arrestordre åbnet op for udlevering af danske statsborgere til andre EU-medlemsstater<sup>37</sup> og i overensstemmelse med terrorfinansieringskonventionen gjort den tilføjelse, at Danmark ikke kan nægte at udlevere en person, der er mistænkt for at have begået en forbrydelse alene med den begrundelse, at forbrydelsen er politisk.<sup>38</sup> Bestræbelser på at leve op til kravene i terrorfinansieringskonventionen førte også til, at man på Økonomi- og Erhvervsministeriets område udvidede pengeinstitutternes indberetningspligt ved visse transaktioner i en ny *lov om forebyggende foranstaltninger mod*



*hvidvaskning af penge og finansiering af terrorisme*. De eksisterende hvidvaskningsregler pålagde allerede pengeinstitutterne at indberette alle de transaktioner, der kunne vedrøre midler, der var fremkommet ulovligt, men den nye lov udvidede indberetningspligten til også at gælde ved mistanke om, at lovlige midler anvendtes til terrorvirksomhed.<sup>39</sup> Den ændring skulle sikre, at transaktioner, der var mistænkt for at have tilknytning til terrorisme, kun kunne gennemføres efter aftale med myndighederne.

På området for flygtninge, indvandrere og integration gennemførtes en række ændringer i *udlændingeloven*, der dels havde til formål at sørge for, at Danmark levede op til principperne i Sikkerhedsrådsresolution 1373 om, at vores asylsystem ikke blev misbrugt af terrorister til at opnå flygtningestatus og derved international beskyttelse og dels at styrke samarbejdet mellem efterretningstjenesterne og udlændingemyndighederne. Der blev bl.a. ændret i udlændingelovens bestemmelser om udelukkelse af opholdstilladelse på grund af alvorlige forbrydelser, herunder finansiering og planlægning af terrorisme<sup>40</sup> samt ændret i bestemmelserne vedrørende inddragelse af opholdstilladelse med henvisning til lovovertrædelser begået uden for Danmark.<sup>41</sup> Det blev også gjort lettere at udvise udlændinge for forbrydelser, herunder for terrorisme<sup>42</sup> og at udsende personer, der blev udelukket fra asyl på grund af udelukkelsesgrundene i flygtningekonventionen.<sup>43</sup> Ændringen af udlændingeloven åbnede også op for, at en udlænding, der har fået afslag på asyl, men som ikke kan udsendes af Danmark på grund af forbuddet mod udsendelse til tortur eller anden mishandling – udlændinge på såkaldt ”tålt ophold” – kan pålægges meldepligt med mulighed for frihedsstraf i tilfælde af manglende opfyldelse af pligten.<sup>44</sup> Med henblik på at styrke samarbejdet mellem efterretningstjenesterne og udlændingemyndighederne indførtes endelig ved terrorpakken et helt nyt kapitel i udlændingeloven, der havde til formål at sikre, at udlændingemyndighederne har det bedst mulige grundlag for at træffe deres afgørelser på.<sup>45</sup> De nye regler foreskrev bl.a., at en indstilling fra integrationsministeren (og justitsministeren) om, at en udlænding anses for at udgøre en fare for statens sikkerhed er bindende for udlændingemyndighedernes afgørelse af en sag om meddelelse eller inddragelse af opholdstilladelse eller om udvisning.<sup>46</sup>

Terrorpakken udgjorde rygraden i den danske antiterrorlovgivning indtil den internationale terrorisme et par år efter angrebene den 11. september 2001 ramte Europa. I marts 2004 blev Madrid ramt af voldsomme terrorangreb, og i juli 2005 fulgte terrorangreb i London. I kølvandet på angrebene i London besluttede den danske regering, at det var på tide at revurdere den danske indsats og det danske beredskab over for terrorisme og regeringen nedsatte til det formål en tværministeriel arbejdsgruppe, der i oktober 2005 opstillede en lang række anbefalinger til mulige tiltag for at styrke antiterrorindsatsen.<sup>47</sup> På baggrund af disse anbefalinger fremlagde regeringen i november 2005 en handlingsplan for terrorbekæmpelse, der indeholdt en lang række nye antiterroriltag<sup>48</sup>, og som led i denne handlingsplan vedtog Folketinget i juni 2006 en ny lovpakke til ”styrkelse af indsatsen for at bekæmpe terrorisme m.v.”<sup>49</sup>

Denne ”terrorpakke II” havde imidlertid ikke kun til formål at implementere arbejdsgruppens egne bud på, hvordan man kunne styrke antiterrorindsatsen, men også at bane vejen for Danmarks ratifikation af Europarådets konvention om forebyggelse af terrorisme og FN’s konvention om nuklear terrorisme, der begge blev vedtaget i 2005, og altså efter vedtagelsen af den første terrorpakke.<sup>50</sup> Ligesom terrorpakke I var også terrorpakke II hved i høj grad motiveret af bestræbelser på at sikre, at Danmark overholdt sine internationale forpligtelser på antiterrorområdet.

I overensstemmelse med de nye internationale forpligtelser på området styrkede terrorpakke II således endnu engang det strafferetlige værn mod terrorisme ved at indføre nye bestemmelser i *straffeloven*, der kriminaliserede hvervning til terror<sup>51</sup>, terrortræning<sup>52</sup> og besiddelse og anvendelse af radioaktive stoffer mv. med forsæt til skade på andres person eller til betydelig skade på andres ting eller miljøet.<sup>53</sup> Terrorpakken forbedrede også (endnu engang) politiets muligheder i *retsplejeloven* for at forebygge og efterforske terrorisme, og det blev bl.a. gjort lettere for Politiets Efterretningstjeneste at videregive oplysninger til Forsvarets Efterretningstjeneste samt at indhente oplysninger fra andre myndigheder<sup>54</sup>, ligesom der blev lempet i politiets adgang til at aflytte telefoner eller foretage andre indgreb i meddelelshemmeligheden i bl.a. sager vedrørende terrorisme.<sup>55</sup> Terrorpakke II åbnede også op for, at politiet kan forstyrre eller

afbryde radio- eller telekommunikation i et område, hvis det er nødvendigt for at forebygge bl.a. terrorisme<sup>56</sup>, ligesom der i *lov om forbud mod tv-overvågning* blev åbnet op for, at der kan henstilles til offentlige myndigheder eller private, at de udnytter deres muligheder for at overvåge visse steder, såsom trafikknudepunkter, forlystelser, indkøbscentre og lignende.<sup>57</sup> Endelig ændrede Folketinget i *lov om luftfart* og pålagde flyselskaber at registrere og opbevare oplysninger om passagerer og besætningsmedlemmer på fly, der ankommer til eller afgår fra Danmark i et år.<sup>58</sup> Oplysningerne har flyselskaberne efter anmodning pligt til at videregive til Politiets Efterretningstjeneste.<sup>59</sup>

De to terrorpakker fra 2002 og 2006 er utvivlsomt de to hjørnesten i den danske antiterrorismelovgivning, men de er ikke de eneste lovgivningsmæssige tiltag på området, der har set dagens lys siden den 11. september. Især på udlændingområdet har Folketinget iværksat omfattende lovgivningsmæssige initiativer, der i hvert fald til dels har været begrundet i et ønske om at beskytte Danmark mod terrorisme. I 2009 vedtog Folketinget eksempelvis (endnu engang) at ændre i *udlændingeloven* og stramme de regler om meldepligt for udlændinge på tålt ophold, der blev indført ved terrorpakke I. Loven bundede i et ønske fra regeringen om en stramning af kontrolforanstaltningerne over for udlændinge, som er administrativt udvist, fordi de anses for at udgøre en fare for statens sikkerhed, og ”som uønsket opholder sig her i landet, fordi de ikke udrejser frivilligt og ikke kan udsendes tvangsmæssigt af hensyn til overholdelse af Danmarks internationale forpligtelser.”<sup>60</sup> Den nye lovændring banede vejen for, at udlændinge på tålt ophold pålægges daglig meldepligt hos politiet<sup>61</sup>, og straffen for ikke at efterkomme en pålagt meldepligt blev udvidet fra indtil 4 måneders fængsel til fængsel indtil et år.<sup>62</sup> Det blev endvidere indskærpet, at udlændinge på tålt ophold, som er pålagt at tage ophold i Center Sandholm som udgangspunkt skal overnatte i centret. Kun en særlig begrundelse, såsom hospitalsindlæggelse eller alvorlig sygdom i den nærmeste familie, kan begrunde, at disse udlændinge overnatter uden for centret.<sup>63</sup>

Gennemgangen illustrerer, at det danske folketing har vedtaget en masse ny lovgivning og ændret i eksisterende lovgivning siden den 11. september

2001. De mest centrale elementer i denne nye antiterrorlovgivning er den klare styrkelse af det strafferetlige værn mod terrorisme, myndighedernes mange nye beføjelser til at registrere, overvåge og gøre indgreb i borgernes meddelelseshemmelighed og de nye tiltag på udlændingeområdet. Hvis vi skal være lidt firkantede, så kan vi sige, at antiterrorlovgivningen kort og godt har gjort det lettere for myndigheder at retsforfølge, registrere, overvåge, foretage indgreb i meddelelseshemmeligheden og undlade at give beskyttelse til de personer i vores samfund, der af den ene eller anden grund er mistænkt for at udgøre en fare for statens sikkerhed på grund af terrorisme.

### **Antiterrorlovgivningen i Storbritannien og USA**

Som berørt er der mange af elementerne i den danske antiterrorlovgivning, som vores politikere er blevet pålagt at vedtage af FN og EU, og det siger derfor også sig selv, at den danske antiterrorlovgivning på mange punkter minder meget om antiterrorlovgivningen i andre stater, der ofte er underlagt de samme internationale forpligtelser. Danmark er derfor heller ikke den eneste stat, der har styrket det strafferetlige værn mod terrorisme og strammet reglerne for økonomiske transaktioner, som påkrævet af FN og EU og selv på de områder, hvor den danske antiterrorlovgivning ikke er begrundet i internationale forpligtelser, er der mange lighedspunkter med lovgivningen i andre stater. Andre stater har med andre ord også givet myndighederne flere beføjelser til at registrere og overvåge borgerne, foretage indgreb i borgernes meddelelseshemmelighed og strammet reglerne for udlændinge, der anses for at udgøre en fare for statens sikkerhed. To af disse stater er Storbritannien og USA.

I *Storbritannien* har den britiske lovgiver vedtaget en række antiterrorlove siden den 11. september 2001, og herved suppleret den ikke ubetydelige britiske antiterrorlovgivning, der allerede eksisterede inden angrebene i USA.<sup>64</sup> *Anti-Terrorism, Crime and Security Act 2001* (ATCSA) blev vedtaget i kølvandet på resolution 1373 i FN's Sikkerhedsråd og styrkede bl.a. det allerede eksisterende britiske strafferetlige værn mod terror.<sup>65</sup> Et værn, der blev styrket yderligere ved vedtagelsen af *Terrorism Act 2006* og som bl.a. fulgte op på Europarådets konvention om forebyggelse af terrorisme ved at kriminalisere

tilskyndelsen til terrorisme<sup>66</sup> og diverse former for forberedelse af og rekruttering til terror, og terrortræning.<sup>67</sup> Den britiske regering har også strammet reglerne for økonomiske transaktioner<sup>68</sup> og ligesom i Danmark endvidere ved flere lejligheder øget de britiske myndigheders beføjelser til at registrere oplysninger om borgerne<sup>69</sup> og indsamle og gemme borgernes kommunikation samt foretage indgreb i borgernes meddelelseshemmelighed.<sup>70</sup> Endelig har den britiske lovgiver også gennemført en række ændringer i de britiske udlændingeregler, der har haft til formål at styrke myndighedernes muligheder for at beskytte det britiske samfund mod udenlandske statsborgere, der er mistænkt for at udgøre en trussel mod det britiske samfund.<sup>71</sup>

Det samme billede går til dels igen i USA, hvor den amerikanske kongres siden angrebene den 11. september har vedtaget en række nye antiterrorlove, der indholdsmæssigt også på mange måder minder om den danske antiterrorlovgivning. I *Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism* (forkortet USA PATRIOT)<sup>72</sup> styrkede den amerikanske lovgiver eksempelvis også det strafferetlige værn mod terrorisme ved at introducere en række nye forbrydelser, der skulle gøre det lettere at retsforfølge mistænkte terrorister. Det er således i dag også muligt at straffe en person i USA for at yde støtte, herunder økonomisk støtte, ("material support") til terrorisme<sup>73</sup> og for at hverve eller lade sig træne af en terrororganisation.<sup>74</sup> Som i Danmark har de amerikanske politikere også lempet de amerikanske myndigheders adgang til at registrere og standse finansielle transaktioner med henblik på bl.a. at bekæmpe terrorfinansiering<sup>75</sup>, og PATRIOT gjorde det også lettere for myndighederne at overvåge borgernes korrespondancer via telefoner og anden form for kommunikation og få adgang til personlige oplysninger hos læger, hospitaler, pengeinstitutter og sågar offentlige biblioteker, ligesom den gjorde det muligt at gennemføre hemmelige ransagninger.<sup>76</sup> Slutteligt har de amerikanske politikere også strammet de udlændingeretlige regler for udlændinge, der er mistænkt for at udgøre fare for statens sikkerhed.<sup>77</sup>

## Kapitel 2. Forebyggelse

*"The democratic world is experiencing a fundamental shift in its approach to controlling harmful conduct. We are moving away from our traditional reliance on deterrent and reactive approaches and toward more preventive and proactive approaches. This shift has enormous implications for civil liberties, human rights, criminal justice, national security, foreign policy and international law."*<sup>78</sup>

### Indledning

De mange antiterrorlove, som stater som Danmark har vedtaget siden den 11. september 2001, er for det første et udtryk for, at tilgangen til bekæmpelsen af trusler mod sikkerheden har ændret sig.

Vores bestræbelser i de vestlige demokratier på at imødegå trusler mod vores sikkerhed har traditionelt taget udgangspunkt i en overbevisning om, at vi kan afskrække vores 'fjender' fra at gøre alvor af deres fjendtlige intentioner ved at lade dem forstå, at deres handlinger følges op af en reaktion. *Internationalt* har vi således forsøgt at hindre trusler mod vores eksterne sikkerhed ved at betone, at ethvert angreb vil blive gengældt – øjeblikkeligt og med voldsom styrke. Og *nationalt* har vores bestræbelser på at sikre vores interne sikkerhed i form af bekæmpelse af kriminalitet været baseret på en antagelse om, at potentielle kriminelle kan afskrækkes fra at begå deres kriminelle handlinger, når de ser, at forbrydelser straffes. Såvel internationalt som nationalt har vores strategi for at imødegå trusler mod vores sikkerhed altså været på baseret på en grundlæggende antagelse om, at vores "fjender" vil afstå fra at gøre alvor af deres planer, fordi de kan se, at det ikke kan betale sig at kompromittere vores sikkerhed. Strategien har med andre ord været baseret på *afskrækkelse*.

Terrorangrebene den 11. september 2001 viste imidlertid, at moderne terrorister, herunder naturligvis først og fremmest selvmordsterrorister, ikke altid tillægger en risiko for efterfølgende sanktioner nogen synderlig betydning for deres overvejelser om at begå terrorisme. Angrebene viste herved også, at vi i vores bestræbelser på at beskytte os mod masseterrorisme kan have behov for at supplere den eksisterende afskrækkelsesstrategi med en strategi, der er baseret på *forebyggelse*. Hvis vi vil beskyttes effektivt mod terrorisme, så må vi med andre ord være parate til at gribe ind tidligere end før.

## **International forebyggelse**

Den nye betoning af forebyggelse genfindes for det første i den måde, som vi i de vestlige samfund nu håndterer trusler mod vores eksterne – *internationale* – sikkerhed. Mest tydeligt er det i den første nationale sikkerhedsstrategi, som den amerikanske regering offentliggjorde efter den 11. september 2001. I konfrontationen med de moderne trusler i form af såkaldte slyngelstater og internationale terrororganisationer er de traditionelle sikkerhedspolitiske værktøjer – først og fremmest afskrækkelse – ganske enkelt ikke altid egnede. Som det bemærkes i strategien, så er ”deterrence based only upon the threat of retaliation” mindre effektiv over for ledere af slyngelstater, der er mere villige til at tage chancer og gamble med deres befolkningers liv og samfundets velfærd.<sup>79</sup> Afskrækkelse er på tilsvarende vis også uegnet som strategi til at håndtere truslen fra moderne religiøst inspirerede terrorister, der ikke har noget territorium at forsvare, og som søger martyrdøden.<sup>80</sup> I strategien konkluderer den amerikanske regering på den baggrund, at man i bestræbelserne på at beskytte sig mod disse nye trusler om nødvendigt vil “act preemptively”.<sup>81</sup> Den nye amerikanske betoning af forebyggelse i håndteringen af de internationale trusler nåede sit foreløbige højdepunkt ved den amerikansk ledede invasion af Irak, der – i hvert fald politisk – blev begrundet i et ønske om at forebygge, at det irakiske styre på et senere tidspunkt enten selv ville gøre brug af eventuelle masseødelæggelsesvåben, som det måtte få held til at fremstille, eller ville videregive sådanne våben til terrororganisationer.<sup>82</sup>

To ting skal understreges for så vidt angår den nye amerikanske forebyggelsesstrategi. For det første, at Washingtons betoning af forebyggelse *ikke* forsvandt med Bushs afsked med Det Hvide Hus. Præsident Obama har ganske vist ikke været lige så åbenmundet i sin begejstring for forebyggelse som sin forgænger, men der hersker ikke tvivl om, at også den nye præsident er fokuseret på, at trusler mod USA's sikkerhed skal imødegås *før* de bliver overhængende. Forebyggelse er med andre ord kommet for at blive i USA.

For det andet skal det understreges, at det ikke kun er USA, der siden angrebene den 11. september 2001 internationalt har betonet nødvendigheden af

øget forebyggelse, og den internationale kritik af den amerikanske nationale sikkerhedsstrategi fra 2002 og den efterfølgende invasion af Irak var *ikke* rettet mod den amerikanske påstand om, at der er behov for øget forebyggelse, men derimod amerikanernes insisteren på at handle uafhængigt af de internationale fora. Kritikken af USA's unilaterale ageren i Irak må derfor ikke forveksles med en generel modstand i det internationale samfund mod øget forebyggende magtanvendelse. I en FN rapport fra 2004 fremgår det da også, at vi alle lever i en verden med nye trusler, og at der *er* grund til at være bekymret over "nightmare scenarios combining terrorists, weapons of mass destruction and irresponsible States".<sup>83</sup> EU konkluderede på samme måde i december 2003 i en ny fælles sikkerhedsstrategi, at regionen konfronteres med nye trusler, der er mere "diverse, less visible and less predictable."<sup>84</sup> Og både FN og EU anerkender, at de nye trusler undertiden nødvendiggør en mere proaktiv indsats. Som der står i EU's sikkerhedsstrategi, så bør vi være villige til at reagere på de nye trusler "before a crisis occurs".<sup>85</sup> Der kan derfor heller ikke herske tvivl om, at tendensen til øget forebyggelse af de internationale trusler mod vores sikkerhed er kommet for at blive.

### **National forebyggelse**

Det er dog ikke kun internationalt, at afskrækkelsesstrategien er blevet suppleret af øget forebyggelse. Det samme er sket på det interne – *nationale* – plan i den måde, hvorpå vi som samfund forsøger at imødegå de interne trusler mod vores sikkerhed og det er naturligvis først og fremmest dette aspekt af forebyggelse, der er mest relevant for dette bidrag.

De vestlige samfund har naturligvis altid bestræbt sig på at forebygge kriminalitet og anden samfundsskadelig adfærd, men omfanget af forebyggende tiltag er alligevel accelereret kraftigt de senere år og det er ikke noget tilfælde, at tendensen i retning af øget forebyggelse er særlig tydelig på antiterrorområdet. Angrebene den 11. september 2001 rokkede nemlig ikke kun ved den grundlæggende antagelse om, at potentielle terrorister kan afskrækkes fra at gennemføre deres kriminelle handlinger, når de kan se, at forbrydelser straffes, men også ved en anden af de centrale antagelser, der har ligget til grund for vores



valg af afskrækkelse som strategi for håndtering af kriminalitet. Det drejer sig om antagelsen om, at kriminalitet – selv den mere alvorlige af slagsen – ikke for alvor er egnet til at røkke ved de grundlæggende strukturer i vores samfund. Kriminalitet i alle dets afskygninger vil altid være et samfundsproblem, men kriminelle handlinger kan ikke volde reel skade på vores samfund og demokrati. Denne antagelse har understøttet afskrækkelsesstrategien og gjort det lettere for os at acceptere, at vi som samfund ikke kan forhindre alle forbrydelser, og vi har som borgere traditionelt kunne falde til ro om natten ved tanken om, at de kriminelle, der ikke kan afskrækkes fra at begå deres kriminalitet – trods alt – kun kan gøre begrænset skade på vores samfund.

Omfanget af ødelæggelserne den 11. september 2001 fik imidlertid de vestlige demokratier til at indse, at der er forskel på almindelig kriminalitet og på den form for kriminalitet, som moderne religiøst inspireret terrorisme udøver. Og hvis den pris, som vi som samfund skal betale for, at personer ikke afskrækkes fra at begå kriminalitet ikke længere blot skal tælles i enkelte ofre, men derimod i hundrede eller sågar tusinder af ofre, så er det pludselig ikke længere helt så let at falde til ro om natten. Så med tvillingetårnenes fald forsvandt også vores underforståede accept af, at vi som et åbent samfund i sagens natur er sårbart over for alle former for kriminelle handlinger, herunder terrorisme. Den nye masseterrorisme havde med andre ord illustreret, at vi ikke altid kan tillade os at sidde med hænderne i skødet og håbe på, at de potentielle kriminelle når til den konklusion, at det ikke kan betale sig for dem at gennemføre deres planer.

Det er vanskeligt at overvurdere den betydning, som den nye betoning af forebyggelse har haft på vores samfunds bestræbelser på at beskytte borgerne mod terrorisme, og den danske rigsadvokat har også bemærket, at indsatsen mod terrorisme "helt overvejende" er "knyttet til at forebygge og afværge".<sup>86</sup> Det amerikanske justitsministerium er endda gået som langt som til at udtale offentligt, at dets primære formål ikke længere er at opklare forbrydelser, men derimod at forebygge terrorisme.<sup>87</sup>

Den nye betoning af forebyggelse har især stillet store krav til vores politi, for *forebyggelse* af forbrydelser er noget helt andet end *efterforskning* af forbrydelser. Den tidligere fokusering på afskrækkelse betød meget groft sagt, at

vores politi hovedsaligt var orienteret bagud i den forstand, at de snarere havde fokus rettet mod at opklare *allerede begået* kriminalitet end at forhindre, at kriminelle handlinger fandt sted. Som rigsadvokaten har bemærket, så er bekæmpelse af terrorisme anderledes end traditionel politimæssig efterforskning, der tager ”udgangspunkt i forbrydelser, der allerede er fuldbrydet”.<sup>88</sup> Den nye betoning af forebyggelse af terrorisme kræver imidlertid, at politiet selv går i offensiven og forsøger at standse terroristerne, inden de får held til at føre deres terrorplaner ud i livet.<sup>89</sup> Den nye virkelighed har derfor også krævet en del omstilling, herunder stillet nye krav til uddannelse, nye krav til midler og nye krav til vaner og tænkning. Hvor politiet førhen hovedsaligt arbejdede med konkrete beviser i terrorbekæmpelsen, så arbejder de nu i høj grad med løse mistanker. Vores politistyrker har groft sagt skulle til at finde ud af, hvordan man griber en sag an, når man ikke har nogen ofre at identificere eller afhøre, ingen vidner at tale med og ingen DNA-spor eller signalementer at køre gennem sine computere. Politiet har måttet acceptere, at de ikke længere kan nøjes med at reagere på anmeldelser af allerede begåede forbrydelser, men selv er nødt til at kigge ud over vores samfund og stille sig selv det helt centrale spørgsmål: Hvem er terroristerne og hvor befinder de sig?

Med tanke på den nye prioritering af forebyggelse af terrorisme kan det ikke undre, at efterretningstjenesterne er blevet tilført markant flere midler og i langt højere grad end førhen har indtaget en helt central rolle i terrorbekæmpelsen. Danmark er selvfølgelig ingen undtagelse, og Politiets Efterretningstjeneste – hvis primære opgave bl.a. er at ”skabe grundlaget for”, at trusler mod statens sikkerhed, såsom terrorisme, ”kan håndteres så tidligt og så hensigtsmæssigt som muligt”<sup>90</sup> – er da også vokset betydeligt i størrelse siden angrebene den 11. september.<sup>91</sup> I 2003 var man nødt til at finde et nyt domicil til PET, som kunne rumme de mange nye medarbejdere<sup>92</sup>, og i 2007 fik tjenesten sit eget Center for Terroranalyse. PET er naturligvis selv klar over, at de har en helt særlig rolle at spille i vores kamp mod terrorisme, og tjenesten bemærker da også, at meget af dets virksomhed adskiller sig fra den ”efterforskning, der foregår ved det øvrige politi, hvor man ofte vil være i den situation, at man først får kendskab til en lovovertrædelse, når den er begået.”<sup>93</sup>

Den nye udvikling har imidlertid ikke kun stillet nye krav til vores efterretningstjenester, først og fremmest PET, men også til de politifolk, der ude i politikredsene udfører de mere vanlige politiopgaver. PET inddrager nemlig politikredsene i det terrorforebyggende arbejde, for – som det hedder i projektet ”Politi mod Terror – nu skal hele det danske politi være endnu mere opmærksom på terrorrelaterede aktiviteter i forbindelse med udførelsen af det daglige politiarbejde, idet politiets observationer kan være af helt afgørende betydning for tjenestens muligheder for at modvirke en påtænkt terrorrelateret handling.”<sup>94</sup> De nye tiltag i politikredsene har til formål at sikre, at ”endnu flere er opmærksomme på mistankeindikatorer og fungerer som tjenestens ’øjne og ører’ i politikredsene.”<sup>95</sup> Det er derfor heller ikke nogen overdrivelse at påstå, at overgangen fra afskrækkelse til forebyggelse af terrorisme på mange områder har vendt op og ned på den måde, som vores politi har forsøgt at håndtere trusler mod vores samfunds interne sikkerhed.

### **Antiterrorlovgivningen skyldes den øgede fokus på forebyggelse**

Det er overgangen fra *afskrækkelse* til *forebyggelse* af terrorisme, der forklarer, hvorfor antiterrorlovgivningen ser ud, som den gør. Den megen nye lovgivning har nemlig været nødvendig for at give vores myndigheder de nødvendige beføjelser til at foregribe terroren al den stund, at effektiv forebyggelse af terrorisme selvfølgelig ikke kun kræver, at vores myndigheder, såsom politiet, ændrer deres arbejdsvaner og begynder at fokusere mere på at foregribe terrorhandlinger, men også at vores politikere ændrer loven, så den er tidssvarende og giver vores myndigheder de nødvendige beføjelser. Hvis politikerne med andre ord ønsker, at myndighederne i vores samfund skal kunne sætte tidligere ind mod mulig terrorisme, må de selv bane vejen ved at gennemføre de nødvendige ændringer af vores lovgivning. Og det har de så gjort. Som regeringen selv bemærker i sin ”handlingsplan for terrorbekæmpelse” fra 2005:

For at beskytte samfundet og de værdier, det bygger på, er det helt afgørende, at vi gør, hvad vi kan, for at forebygge og bekæmpe terrorhandlinger ... Regeringen lægger vægt på, at efterretningstjenesterne og politiet har de redskaber, der skal til for at forebygge terrorhandlinger og for i givet fald at sikre deres efterforskning og opklaring.<sup>96</sup>

Det er for det første det politiske ønske i det internationale samfund om at forebygge i stedet for at afskrække terrorisme, der er hovedårsagen til, at Folketinget siden efteråret 2001 har styrket det strafferetlige værn mod terror. Bestræbelserne på at forebygge terrorisme ved hjælp af ændringer i strafferetten passer herved ind i et mere generelt billede af en udvikling i stater som Danmark, hvor lovgiver i stigende grad forsøger at forebygge kriminalitet og anden samfundsskadelig adfærd ved hjælp af det, som strafferetseksperter betegner 'pre-aktiv strafferet'.<sup>97</sup> I de senere år har Folketinget eksempelvis indført maskeringsforbud under demonstrationer<sup>98</sup>, givet politiet beføjelser til at oprette særlige visitationszoner<sup>99</sup> og til at foretage præventive frihedsberøvelser<sup>100</sup>, skærpet en række særlove såsom våbenloven<sup>101</sup> og drøftet mulige forbud mod visse hunderacer i hundeloven.<sup>102</sup> Alt sammen i forebyggelsens navn.

Forebyggelsen af terrorisme er kommet til udtryk i strafferetten derved, at Danmark som berørt siden den 11. september er blevet pålagt at kriminalisere en lang række terrorrelaterede handlinger, såsom støtte til terror, herunder økonomisk støtte samt hvervning til terror<sup>103</sup> og terrortræning.<sup>104</sup> De nye forbrydelser fremrykker bl.a. det tidspunkt, hvor det er strafbart for en person at udøve en handling, der i en eller anden forstand er knyttet til terrorisme<sup>105</sup>, og de styrker herved også myndighedernes muligheder for at forebygge terror på to måder. For det første fordi kriminaliseringen rammer en bredere kreds af personer, der har forbindelse til terrorisme, og jo flere personer, der kan straffes for at være involveret i terrorisme – såsom personer, der blot yder økonomiske bidrag til terrororganisationer eller personer, der driver træningslejre for terrorister – jo lettere er det for myndighederne at skride tidligt ind over for mulige optræk til terrorisme og forebygge potentielle terrorhandlinger. For det andet bevirker den tidligere kriminalisering, at det ofte er muligt for myndighederne at rejse *en eller anden* tiltale – og dermed bane vejen for frihedsberøvelse og mulig domfældelse – mod en person, der er mistænkt for at ville begå en egentlig terrorhandling, selvom der ikke er tilstrækkeligt med beviser til at rejse en tiltale for denne alvorligere forbrydelse. Det styrkede strafferetlige værn løser herved undertiden det problem, der består i, at politiet med henblik på

at forebygge terrorisme kan være nødsaget til at skride til anholdelse af mistænkte terrorister på et tidspunkt, hvor der endnu ikke foreligger tilstrækkelige beviser til at rejse en straffesag for forsøg på at begå egentlige terrorhandlinger.<sup>106</sup> Retspraksis fra bl.a. USA illustrerer da også, at det nye strafferetlige værn mod terrorisme gør det muligt for myndighederne at slå til meget tidligt i forberedelsesfasen af terror.<sup>107</sup>

Forebyggelsen af terrorisme ligger også til grund for de mange nye beføjelser, som Christiansborg har givet vores myndigheder, herunder først og fremmest vores efterretningstjenester, til *at skaffe efterretninger* om borgerne i form af øget registrering, øget overvågning og øget adgang til at foretage indgreb i vores meddelelseshemmelighed. Det er i den forbindelse vigtigt at være opmærksom på, at vores myndigheder er helt og aldeles afhængige af efterretninger, hvis de skal kunne forhindre terrorhandlinger. Forebyggelse kræver, at myndighederne ved, hvem de potentielle terrorister er og hvor de befinder sig henne, og jo tidligere vores politikere ønsker, at myndighederne skal kunne slå til mod mulig terrorisme, jo vigtigere bliver efterretningerne. Effektiv terrorforebyggelse kræver med andre ord, at det ikke er for vanskeligt for myndighederne at kigge borgerne over skuldrene. Dertil kommer, at myndighederne i højere grad end førhen selv skal være opsøgende i bestræbelserne på at identificere mulige terrorister, og det kræver, at de ikke altid er nødsaget til at vente på at modtage konkrete tips fra befolkningen, men derimod selv kan lede efter mistænkelige ledetråde i borgernes personlige oplysninger og kommunikation. Myndighederne har ganske enkelt behov for lettere og hurtigere adgang til oplysninger om, hvem vi er, hvad vi foretager os, og hvem vi kommunikerer med. Jo lettere adgang til sådanne oplysninger, jo lettere er det at forebygge terrorisme.

*Hvor stort presset kan være på myndighederne for at skaffe adgang til efterretninger om mulige terrorangreb* illustreres af de kontroversielle antiterroriltag, som den amerikanske Bush-regering iværksatte efter den 11. september. Den amerikanske regering iværksatte bl.a. et særligt program, der gav det amerikanske National Security Agency – NSA – lov til at opsnappe kommunikation i USA uden at indhente en forudgående retskendelse. Regeringen

omgik herved den eksisterende praksis, hvorefter forbundspolitiet FBI i henhold til en lov om overvågning fra 1978 kunne få en særlig retskendelse af en særlig efterretningsdomstol til at aflytte amerikanske statsborgere og andre på amerikansk territorium.<sup>108</sup> Bush-regeringen gav også såvel CIA som afhøringsofficerer i det amerikanske forsvar grønt lys til at gøre brug af flere hårdhændede afhøringsmetoder, der skulle presse tilfangetagne mistænkte terrorister til at samarbejde med de amerikanske myndigheder.<sup>109</sup> CIA blev sågar givet bemyndigelse til at udlevere nogle mistænkte terrorister til stater i først og fremmest Mellemøsten, hvor man fra amerikansk side havde en forhåbning om, at personerne ville blive udsat for så hårdhændede afhøringer, at de ville svare på alle spørgsmål.<sup>110</sup> Det amerikanske behov for efterretninger om mulige terrorangreb var med andre ord efter den 11. september så stort, at det fik den amerikanske regering til at gå nye – og kontroversielle – veje.

Den store betydning af efterretninger for staternes muligheder for at forebygge terrorisme ses også i den del af antiterrorlovgivningen, der har til formål *at beskytte efterretninger*, som myndighederne får adgang til om mulig terrorisme. Hvis kilderne bag følsomme efterretninger ikke har tiltro til, at deres oplysninger behandles fortroligt af myndighederne, vil de ikke samarbejde, og det kan derfor ikke undre, at politikere siden den 11. september har strakt sig langt for at værne om beskyttelsen af såvel indholdet af efterretninger som efterretningernes kilder. Flere stater har eksempelvis indført særlige bevisregler i terrorsager og sikkerhedsgodkendte advokater, og i Danmark genfindes hensynet til beskyttelsen af følsomme efterretninger og efterretningskilder bl.a. i de særregler i udlændingeloven, der blev indført ved den første terrorpakke i sommeren 2002. Som berørt i kapitel 1 vedtog Folketinget dengang, at integrations- og/ eller justitsministeren skulle kunne foretage en bindende indstilling til udlændingemyndighederne om, at en udlænding blev anset for at udgøre en fare for statens sikkerhed og derfor skulle have afslag på opholdstilladelse.<sup>111</sup> Folketinget gjorde det ved samme lejlighed muligt at undlade at videregive de oplysninger, der havde ført til denne indstilling til den udlænding (eller dennes advokat), sagen angik.<sup>112</sup> Som vi skal se i kapitel 5 blev disse regler dog siden ændret.

Det kan til illustration nævnes, at den britiske lovgiver i årevis har tilladt, at de britiske myndigheder undertiden kan tilbageholde følsomme efterretninger fra en mistænkt terrorist, som myndighederne ønsker at pålægge særlige kontrolforanstaltninger eller alternativt nøjes med at fremlægge sådanne oplysninger for en særlig advokat – en 'special advocate' – der er sikkerhedsgodkendt, og som stilles til rådighed for personen.<sup>113</sup> Og i USA var det først og fremmest hensynet til beskyttelsen af netop følsomme efterretninger, der fik den amerikanske regering til at beslutte, at mistænkte terrorister ikke burde retsforfølges ved almindelige amerikanske domstole, men derimod for særligt oprettede militærkommissioner, der dels ville gøre det lettere at hemmeligholde oplysninger for de tiltalte og dels ville åbne op for anvendelsen af beviser såsom efterretninger, som var blevet fremtvunget ved brug af tvang, som ikke ville kunne anvendes i en almindelig amerikansk retssal.<sup>114</sup>

Ønsket om at forebygge i stedet for at afskrække terrorisme danner også baggrund for den del af antiterrorlovgivningen, der har givet pengeinstitutter og myndigheder beføjelser til at overvåge og begrænse økonomiske transaktioner med henblik på at *afskære terrorister og terrororganisationer økonomiske midler*. Det er oplagt, at terrorisme forebygges, hvis terrorister ikke har de fornødne økonomiske midler til at føre eventuelle terrorplaner ud i livet. Myndighederne og pengeinstitutternes vidtgående beføjelser til bl.a. at kigge bankkunder over skuldrene har herved på samme måde som kriminaliseringen af økonomiske bidrag til terrororganisationer til formål at standse pengestrømmen til terrorister.

De mange antiterrorfinansieringstiltag efter den 11. september 2001 ligger i øvrigt i forlængelse af de tiltag på området, der blev iværksat i slutningen af 1990'erne i form af ikke blot vedtagelsen af FN's terrorfinansieringskonvention i 1999, men også bindende resolutioner fra FN's Sikkerhedsråd, der pålagde stater at fastfryse Talebans og navngivne terrormistænkte personers økonomiske midler.<sup>115</sup> I oktober 1999 indførte Sikkerhedsrådet sanktioner mod Afghanistan, fordi det daværende Taleban-styre ikke ville udlevere Osama bin Laden, der var mistænkt for at være hovedmanden bag to bombesprængninger mod de amerikanske ambassader i Tanzania og Kenya i august 1998.<sup>116</sup> Sanktionerne inkluderede pålæg til staterne om at fastfryse økonomiske midler tilhørende

Taleban, og Rådet oprettede ved samme lejlighed en sanktionskomité, der fik til opgave at sikre, at staterne efterlevede forpligtelserne i resolutionen. Dette sanktionsregime blev udvidet i december 2000, hvor staterne også blev pålagt at fastfryse økonomiske midler for Osama bin Laden og andre terrorister, der efterfølgende blev identificeret af sanktionskomitéen.<sup>117</sup> Siden den 11. september har EU bistået sanktionskomitéen med at sikre en effektiv gennemførelse af dets beslutninger.<sup>118</sup>

Det er afslutningsvis også det politiske ønske om at forebygge frem for at afskrække terrorisme, der i hvert fald til dels er begrundelsen for de mange antiterroriltag på udlændingeområdet, der først og fremmest er blevet målrettet mod *udlændinge, der er mistænkt for at udgøre en fare for statens sikkerhed*. Folketinget har som nævnt siden den 11. september 2001 gjort det vanskeligere for mistænkte terrorister at indrejse og få ophold i Danmark, ligesom det har givet myndighederne øgede beføjelser til dels at registrere og videregive oplysninger om udlændinge og dels at pålægge sådanne personer forskellige former for kontrolforanstaltninger. Disse mange tiltag forbedrer på en række punkter myndighedernes muligheder for at forebygge terrorisme. For det første er det oplagt, at det styrker udlændingemyndighedernes muligheder for at forebygge terrorisme, hvis de kan identificere og afvise indrejse eller at nægte ophold til potentielle terrorister, der ønsker at indrejse eller søge om ophold i vores samfund. Jo færre potentielle terrorister, der indrejser og tager ophold i Danmark jo bedre. De mange regler om registrering af opholdssøgende udlændinge, såsom regler om foto, fingeraftryk osv., og de lempelige danske og internationale regler for videregivelse af oplysninger om asylsøgere bidrager herved også til at lette forebyggelsen af terrorisme.

For det andet er det ligeså oplagt, at det styrker den forebyggende indsats mod terrorisme, at danske myndigheder kan registrere og overvåge de udenlandske personer i Danmark, der mistænkes for at have forbindelse til terrorisme, og som ikke kan returneres til deres hjemlande uden, at Danmark krænker sine internationale forpligtelser om ikke at returnere en person til en stat, hvor denne risikerer at blive udsat for tortur eller anden mishandling. Og jo skrapere foranstaltninger, disse personer kan pålægges i form af eksempelvis



tvungent ophold på asylcentre, skærpet meldepligt osv., jo bedre er myndighedernes muligheder for at forebygge terrorisme.

Endelig – og for det tredje – bidrager de strammere udlænderretlige regler til at forebygge terrorisme i den forstand, at de gør det vanskeligt for mistænkte terrorister at misbruge de asylretlige regler ved at tage ophold i en stat og bruge denne som base for deres terrorrelaterede aktiviteter. Det viser britiske erfaringer. Det er således velkendt, at Storbritannien indtil den 11. september blev anset for at være et fristed for militante islamister, der nød godt af det britiske samfunds vidtrækkende beskyttelse af religionsfrihed og den britiske regerings tolerance over for religiøs fanatisme. I de senere år – og især efter terrorangrebene i London i sommeren 2005 – har de britiske myndigheder imidlertid strammet reglerne for udlændinge, der er mistænkt for at være involveret i terrorisme, og den britiske regering har bl.a. indgået en række – kontroversielle – aftaler om minimumsbehandling med en række terrormistænkte personers hjemlande i det håb, at aftalerne vil kunne bane vejen for returnering af de pågældende personer til deres respektive hjemlande uden, at Storbritannien herved krænker sine internationale forpligtelser. I februar 2009 godkendte det britiske House of Lords på den baggrund de britiske myndigheders beslutning om at udsende tre mistænkte terrorister til henholdsvis Algeriet og Jordan.<sup>119</sup>

### Kapitel 3. Mere sikkerhed og mindre frihed

*”Regeringen er ... meget opmærksom på at holde balancen mellem sikkerhed og retssikkerhed – for netop at beskytte vores samfund og de værdier, det bygger på. Regeringen ønsker ikke et overvågningssamfund.”<sup>120</sup>*

#### Indledning

De mange antiterrorlove, som stater som Danmark har vedtaget siden den 11. september 2001, illustrerer ikke kun, at vi har ændret vores tilgang til bekæmpelse af truslen mod terror, men også at vores politikere har skruet op for sikkerheden på bekostning af friheden i vores samfund.

Det har været genstand for megen akademisk debat siden den 11. september 2001, om der er et modsætningsforhold mellem frihed og sikkerhed i den forstand, at staters bestræbelser på at øge sikkerheden for borgerne i deres samfund mod trusler som terrorisme nødvendigvis må ske på bekostning af borgernes frihed. Især konservative amerikanske jurister har i antiterrordebatten ved brug en såkaldt ”balanceteori” betonet det påståede uundgåelige valg mellem frihed og sikkerhed i den forstand, at et samfund, der ønsker at beskytte sig mod terrorisme, må være villig til at give afkald på noget af sin frihed.<sup>121</sup> Som Eric A. Posner og Adrian Vermeule formulerer det, så er der efter deres mening en ”straightforward tradeoff between liberty and security” og “any increase in security requires a decrease in liberty.”<sup>122</sup> Denne påstand om, at frihed og sikkerhed kan – og skal – balanceres over for hinanden tager udgangspunkt i en banal antagelse om, at såvel frihed som sikkerhed er værdifulde goder, som et samfund skal vægte højt, men eftersom det ikke er muligt for samfundet at opretholde både en maksimal grad af sikkerhed og en maksimal grad af frihed, må det finde det rette punkt på skalaen mellem de to yderpunkter – henholdsvis den maksimale frihed og den maksimale sikkerhed.<sup>123</sup>

Det er svært at acceptere en så unuanceret balanceteori, da der jo er mange antiterroriltag, som vi som samfund kan iværksætte uden herved at begrænse nogens frihed. Vi kan eksempelvis forsøge at forbygge marginalisering og radikaliserings ved at forbedre den sociale indsats over for potentielle terrorister eller vi kan gøre det sværere for mulige terrorister at gennemføre terrorangreb ved

at ændre fysisk på indretningen af vores infrastruktur. Ingen af disse tiltag kræver, at der gøres indgreb i nogens frihed, og der er da også nogle, der ikke bryder sig om forestillingen om, at frihed og sikkerhed kan stilles op over for hinanden som to goder, der skal konkurrere om politikernes gunst. Især nogle kritikere af de mange antiterroriltag køber ikke præmissen om, at samfundet skal vælge mellem frihed eller sikkerhed, men betoner i stedet at vi skal sørge for, at vores samfund *både* beskyttes mod trusler mod dets sikkerhed *og* respekterer borgernes frihed. For disse kritikere handler det derfor heller ikke om "enten/eller", men om "både/ og".

En påstand om, at der *aldrig* er et modsætningsforhold mellem frihed og sikkerhed er imidlertid ligeså svær at acceptere som Posner og Vermeule's påstand om, at der *altid* vil være det. For selvom et samfund som berørt kan gøre meget for at bekæmpe terror uden at begrænse borgernes frihed, er det naivt at tro, at det altid kan beskytte sig effektivt mod terrorisme uden undertiden at måtte iværksætte tiltag, der begrænser friheden for borgerne. Dertil er der ganske enkelt for mange områder, hvor frihed og sikkerhed kolliderer. Sandheden om balanceteorien ligger derfor nok også et sted imellem Posner og Vermeule's påstand om, at der altid er et modsætningsforhold mellem frihed og sikkerhed og deres kritikeres om, at der aldrig er et sådant modsætningsforhold, og de fleste anerkender da også, at der i *en eller anden forstand* skal findes en balance mellem frihed og sikkerhed. Det gælder både nogle af de største kritikere af den omfattende antiterrorisme, såsom de amerikanske professorer David Cole og Jules Lobel, der "concede that trade-offs are inevitable" <sup>124</sup>, og nationale domstole, såsom den israelske højesteret, der har bemærket følgende:

In a democracy aspiring to freedom and security, there is no avoiding a balance between freedom and dignity, on the one hand, and security on the other ... A balance is required – a sensitive and difficult balance – between the freedom and dignity of the individual, and national security and public security.<sup>125</sup>

Vi undgår derfor heller ikke at konkludere, at vores bestræbelser i Danmark på at beskytte vores samfund mod terrorisme derfor også i hvert fald et langt stykke hen ad vejen handler om, at vi skal identificere den for vores samfund rette

balance mellem hensynet til vores frihed på den ene side og hensynet til vores sikkerhed på den anden. Denne balancering er ganske enkelt "the price of democracy".<sup>126</sup>

### **Vi balancerer hele tiden frihed og sikkerhed**

Dem, der ikke bryder sig om balanceteorien og forestillingen om, at et samfund ofte er nødt til at balancere frihed og sikkerhed, overser, at den generelle antiterrorindsats jo blot er summen af de mere konkrete antiterroriltag, der ofte netop handler om at finde en balance mellem frihed og sikkerhed. Et eksempel er flytrafikken, hvor vi som rejsende i sikkerhedens og antiterrorrens navn må finde os i en lang række indgreb i vores frihed. Allerede når vi køber vores flybillet registreres vi, og vores personlige oplysninger lagres. Når vi skal checke vores bagage ind på flyet, mødes vi med krav til, hvad vi må pakke i vores kufferter, ligesom der findes en masse restriktioner på, hvad vi som passagerer må have med ombord på flyene. Dertil kommer, at vi skal igennem metaldetektorer med risiko for efterfølgende kropsvisitering, inden vi overhovedet kan komme ombord på vores fly, og det drøftes endda i disse tider om lufthavene med fordel kan indføre røntgenmaskiner, der gennemlyser vores tøj. Samtlige tiltag er iværksat for at forbedre sikkerheden, men de sker på bekostning af vores frihed.

Jo mere vi løfter blikket fra antiterrordebatten og indtager et helikopterperspektiv, jo tydeligere er det faktisk, at den megen antiterrorlovgivning i virkeligheden slet ikke er så forskellig fra så megen anden samfundsmæssig regulering, der også er et resultat af en balancering af de lejlighedsvis modsætningsfyldte hensyn til frihed og sikkerhed. Der gøres hver dag så mange indgreb i vores frihed for at beskytte os, at vi er holdt op med at registrere det. Et banalt eksempel er i trafikken. Ligesom vi kan beskytte os mod terror på mange måder uden at begrænse friheden, kan vi også øge sikkerheden i trafikken – og derved først og fremmest begrænse antallet af trafikdrab – på mange måder uden at gøre indgreb i borgernes frihed. Vi kan eksempelvis forbedre konstruktionen af vores transportmidler på en sådan måde, at risikoen for ulykker mindskes og konsekvenserne ved ulykker bliver mindre alvorlige. På samme måde kan vi ved at forbedre indretningen af vores veje (belægning, skilte

osv.) øge trafiksikkerheden, og ingen af disse tiltag griber ind i vores frihed. Men ligesom med antiterrorisme er det nu engang også sådan, at en lang række af de mest effektive tiltag for at forbedre sikkerheden i den ene eller anden forstand begrænser vores frihed (som trafikanter) og rækken af frihedsbegrænsende sikkerhedsmæssige tiltag i trafikken er lang. Der er sikkerhedskrav om brug af sikkerhedssele, krav om brug af barnestole, forbud mod brug af håndholdte mobiltelefoner, forbud mod kørsel i påvirket tilstand og en masse hastighedsbegrænsninger. Alle krav har det til fælles, at de forbedrer vores (trafik)sikkerhed på bekostning af vores frihed.

Det interessante spørgsmål er, hvorfor der i grunden er så megen debat om antiterroriltagene, når antiterrorlovgivningen i sin natur ikke er så væsensforskellig fra anden samfundsmæssig regulering, hvor der også gøres indgreb i borgernes frihed. Hvad gør, at de selvsamme personer, der kritiserer de mange indgreb i borgernes frihed efter den 11. september (forhåbentlig) velvilligt accepterer, at de ikke må tale i håndholdt mobiltelefon, når de kører bil, og accepterer, at de skal tage sko og bælte af, når de skal ud at flyve?

Der er formentlig tre svar på dette spørgsmål. For det første er de indgreb i vores frihed, der gøres i terrorbekæmpelsens navn væsentlig mere indgribende og principielle end de indgreb, som vi som borgere til daglig udsættes for. Der er nu engang forskel på et forbud mod eksempelvis håndholdt mobilsnak i trafikken på den ene side og risikoen for at blive aflyttet i sit hjem eller for at blive nægtet opholdstilladelse i Danmark på den anden. For det andet kan vi ikke lade være med at frygte, at de mange antiterroriltag rammer nogle grupper i samfundet hårdere end os andre. Der er forskel på et konkret indgreb i friheden, som vi alle må finde os i og et indgreb, der målrettes visse befolkningsgrupper. Vi anerkender, at effektiv antiterrorisme forudsætter fokusering på de grupper i samfundet, der rummer de potentielle terrorister, men vi er bekymrede for, at der med denne fokusering følger en risiko for, at disse samfundsgrupper udsættes for flere unødvendige indgreb i deres frihed, end vi andre gør. For det tredje har vi ofte svært ved at se, at de mange indgreb i vores frihed, der gøres i antiterrorrens navn, har den påståede positive effekt på sikkerheden, som vi får at vide. Det er meget muligt, at indgrebene *er* effektive, men de positive effekter af

antiterrorindsatsen er ofte ikke så nemme at få øje på i forhold til de positive effekter, vi oplever i eksempelvis trafikken og i luftfarten. Vi accepterer med andre ord, at vi ikke må tale i håndholdt mobiltelefon i bilen, fordi forbuddet er et relativt mindre alvorligt indgreb, der omfatter alle bilister, og fordi vi godt kan se, at man nu engang er en mindre god chauffør, når man kun har en hånd til at dreje på rattet, indstille bilradioen og skifte gear. På samme måde accepterer vi at tage sko og bælte af i lufthavnenes sikkerhedskontrol, fordi denne begrænsning af vores frihed udstrækkes til alle passagerer, ikke er særlig vidtrækkende (selv medregnet risikoen for at ende med bukserne nede om knæene), og fordi vi af bitter erfaring ved, at risikoen for terrorisme mod flytrafikken med sprængstoffer i sko og skarpe genstande er reel. De samme forhold gør sig ikke gældende på antiterrorområdet, og jo mere indgribende indgrebet er, jo større risikoen er for, at det rammer nogle grupper i samfundet mere vilkårligt end andre, og jo mindre oplagt gevinsten ved indgrebet er i form af øget sikkerhed, jo mere debat vil – og skal – indgrebet skabe.

### **Prioriteringen af frihed og sikkerhed ligger aldrig fast og afviger fra samfund til samfund**

Vi har altså set, at der ofte er et modsætningsforhold mellem borgernes frihed og borgernes sikkerhed, og at samfundets opgave på antiterrorområdet derfor i vidt omfang er at identificere det rette punkt på skalaen mellem ekstrem frihed og ekstrem sikkerhed. Det interessante spørgsmål er selvfølgelig så, hvad der konkret er den mest optimale balance mellem frihed og sikkerhed. To forhold vil i praksis være bestemmende. Det første vil være den grad af – berettiget eller uberettiget – sårbarhed, som vi som samfund føler. Hvor alvorlig er truslen fra terroren og hvor bange er vi? Hvis vi som enkeltindivider føler os utrygge, vil de fleste af os forvente, at vores samfund og vores politikere skruer op for sikkerheden – også selvom det måtte ske på bekostning af i hvert fald dele af vores frihed – hvis det vil kunne gøre os mere sikre. Vores prioritering af frihed og sikkerhed ligger derfor heller aldrig fast, men vil tværtimod ofte afhænge af det aktuelle trusselsbillede og vores følelse af sårbarhed. Som den israelske højesteretspræsident, Aharon Barak beskriver det:

The damage to national security caused by a given terrorist act and the nation's response to that act affect the way the freedom and dignity of the individual are protected.<sup>127</sup>

Der er med andre ord ikke noget *eviggyldigt* svar på, hvad der er den rette balance mellem frihed og sikkerhed, og nøglen til indgreb i vores frihed ligger herved også i høj grad i at påvirke vores følelse af sårbarhed, for jo mere sårbare vi føler os, jo mere tilbøjelige vil vi være til at acceptere indgreb i vores frihed. Det er dog vigtigt at understrege, at der ikke er nogen automatik i dette, og det er jo også muligt, at et samfund ikke vil reagere på en følelse af sårbarhed ved at skrue op for sikkerheden, men i stedet ønsker at opretholde den samme grad af frihed.<sup>128</sup>

Det andet forhold af betydning for prioriteringen af frihed og sikkerhed er vores samfunds særtræk såsom vores politiske erfaringer, traditioner osv. Vi er som samfund forskellige, og vi reagerer ikke altid på samme måde på trusler mod vores sikkerhed. I nogle samfund er befolkningen og politikerne villige til at gå længere i sikkerhedens navn end man er i andre samfund. Så hvad der anses for en passende prioritering af frihed og sikkerhed i det ene samfund vil ikke nødvendigvis også være passende i det andet. Så ligesom der ikke findes et eviggyldigt svar på, hvordan frihed skal prioriteres over for sikkerheden, findes der heller ikke noget *universelt* svar herpå. Det ses tydeligt, når man kigger lidt nærmere på den måde, som USA og Storbritannien reagerede på truslen fra terrorisme på efter angrebene den 11. september.

I USA reagerede den amerikanske regering nemlig på den udbredte følelse af sårbarhed i det amerikanske samfund efter angrebene ved at iværksatte en ny og meget omfattende antiterrorismestrategi, der illustrerede, at USA var villig til at gå endog meget langt i form af indgreb i friheden for at øge sikkerheden i det amerikanske samfund.<sup>129</sup> Den amerikanske antiterrorstrategi var nemlig ikke begrænset til de tiltag, der blev iværksat af den amerikanske lovgiver i PATRIOT, og som berørt på mange måder minder om de antiterroriltag, som andre stater såsom Danmark også iværksatte. Den amerikanske regering supplerede denne mere "traditionelle" antiterrorindsats med en række kontroversielle antiterroriltag, der tog udgangspunkt i en påstand om, at

terrorangrebene den 11. september udgjorde krigshandlinger i en krig i ordets egentlige retlige betydning mellem USA og de internationale terrorister, der stod bag angrebene.<sup>130</sup> Med denne påstand i hånden forbeholdte USA sig retten til at bekæmpe terrorisme i henhold til krigens regler<sup>131</sup>, og så langt er ingen andre vestlige demokratier gået i bestræbelserne på at beskytte sine borgere mod truslen fra terrorisme.

Et blik på de konkrete antiterroriltag, som USA har gjort brug af som led i "krigen mod terror" illustrerer med al tydelighed, *hvor* langt USA var – og til dels fortsat er – villig til at gå for at beskytte sine borgere mod terrorisme. Som led i den påståede krig har USA for det første gennemført *målrettede angreb* på mistænkte terrorister rundt omkring i verden – selv i stater, hvor amerikanske styrker ikke i øvrigt har været involveret i væbnede kamphandlinger.<sup>132</sup> USA har for det andet *tilbageholdt mistænkte terrorister som fjendtlige kombattanter*, der i henhold til krigens regler kan tilbageholdes af sikkerhedsmæssige årsager indtil den væbnede konflikt er afsluttet. Et stort antal af de tilbageholdte terrorister har siddet – og sidder til dels fortsat – tilbageholdt under stor mediebevågenhed på den amerikanske militærbase på Guantanamo, Cuba.<sup>133</sup> Andre mistænkte terrorister er blevet tilbageholdt uden retsforfølgning som fjendtlige kombattanter efter at være blevet tilbageholdt på amerikansk territorium. I de første år efter terrorangrebene den 11. september gav den amerikanske regering for det tredje grønt lys for *et særligt afhøringsprogram*, der gav den amerikanske efterretningstjeneste CIA beføjelser til at anvende særdeles hårdhændede afhøringsteknikker mod mistænkte terrorister, der blev tilbageholdt i hemmelige fængsler rundt omkring i verden.<sup>134</sup> Teknikker der i hvert fald grænsede op til tortur. Endelig besluttede den amerikanske regering kort tid efter den 11. september for det fjerde, at mistænkte terrorister i krigen mod terror ikke skulle retsforfølges for overtrædelser af den almindelige amerikanske straffelov ved almindelige amerikanske domstole, hvor de ville nyde de vanlige amerikanske rettergangsgarantier, men derimod for overtrædelse af krigens regler ved særlige militære domstole, der skulle oprettes til lejligheden, og som gav de tiltalte en mindre retfærdig rettergang.<sup>135</sup>



I *Storbritannien* er man ikke gået nær så langt som i USA i bestræbelserne på at beskytte samfundet mod terrorisme, og hverken før eller efter terrorangrebene i London i 2005 har den britiske regering erklæret en ”krig mod terror” eller i øvrigt gjort brug af krigens regler for at imødegå truslen mod terrorisme i det britiske samfund. Et blik på den britiske antiterrorlovgivning illustrerer ikke desto mindre alligevel, at de britiske politikere på nogle punkter *er* gået ganske langt – og også længere end i eksempelvis Danmark – og at man også dér er villig til at give afkald på ganske meget frihed for at sikre det britiske samfund mod terror. Det hører med til historien om britisk antiterrorisme, at Storbritannien allerede inden den 11. september 2001 havde ganske megen erfaring med terrorbekæmpelse, og at britisk lovgivning derfor på mange punkter allerede var forberedt på truslen fra islamisk terror. Allerede i 1974 havde det britiske parlament således vedtaget en *Prevention of Terrorism Act*, der gav de britiske myndigheder vidtgående beføjelser såsom en beføjelse til at forbyde organisationer, der fungerede ved hjælp af terror og til at frihedsberøve mistænkte terrorister i op til syv dage, inden de blev stillet for en dommer.<sup>136</sup> Denne lov blev opdateret og erstattet af en ny antiterrorlov i år 2000 – *Terrorism Act 2000* – der fortsat udgør den lovgivningsmæssige rygrad i britisk antiterrorisme, og som opretholdt myndighedernes beføjelse til at forbyde visse organisationer samtidig med, at den udvidede det tidsrum, hvori en mistænkt person kan tilbageholdes, inden der rejses sigtelse fra syv til 14 dage.

Efter angrebene den 11. september vedtog den britiske lovgiver som nævnt i kapitel 1 en større lovpakke – *Anti-Terrorism, Crime and Security Act 2001* (ATCSA) – der gav de britiske myndigheder en lang række beføjelser på antiterrorområdet, der på mange måder minder om de beføjelser, som også myndighederne i andre stater er blevet tildelt. På især et enkelt punkt springer den britiske antiterrorlov fra 2001 imidlertid i øjnene. Loven gav nemlig den britiske indenrigsminister beføjelse til at frihedsberøve ikke-britiske statsborgere, der blev anset for at udgøre en fare for statens sikkerhed, og som ikke kunne udsendes af praktiske årsager eller fordi Storbritannien i så fald ville krænke sine internationale forpligtelser til ikke at udsende personer til stater, hvor personerne risikerede at blive udsat for tortur eller anden mishandling.<sup>137</sup> Den persongruppe,

som i Danmark er på såkaldt "tålt ophold". Som berørt har også andre stater, såsom Danmark, strammet reglerne for terrorismistænkte udlændinge siden den 11. september, men Storbritannien var det eneste europæiske land, hvor man gik så langt som til at tillade frihedsberøvelse af sådanne personer uden retsforfølgning og uden udsigt til løsladelse. Som en konsekvens af, at den britiske regering ikke mente, at den nye antiterrorlov var forenelig med retten til frihed i Den Europæiske Menneskerettighedskonvention<sup>138</sup>, valgte Storbritannien at orientere Europarådets Generalsekretær om, at man så sig nødsaget til at fravige sine forpligtelser i henhold til konventionen.<sup>139</sup> Det var Storbritannien den eneste stat i Europarådet, der gjorde efter terrorangrebene den 11. september.

I december 2004 konkluderede House of Lords imidlertid ikke desto mindre i *Belmarsh*, at de britiske regler i ATCSA fortsat var uforenelige med den britiske regerings forpligtelser i Menneskerettighedskonventionen, da loven var både diskriminerende og uproportional.<sup>140</sup> Den britiske lovgiver reagerede på nederlaget i House of Lords ved at introducere et nyt antiterrorismetiltag, der endnu engang viser, at man i Storbritannien vil gå langt for at beskytte det britiske samfund mod terrorisme. I *Prevention of Terrorism Act 2005* åbnedes der således op for, at de britiske myndigheder kan pålægge en mistænkt terrorist såkaldte "control-orders", der udgør konkrete indgreb i en persons udfoldelsesmuligheder for at hindre denne i at involvere sig i terrorisme.<sup>141</sup> Anvendt i sammenhæng udgør sådanne kontrolforanstaltninger ganske omfattende indgreb i en mistænkt terrorists frihed, og i en konkret sag accepterede House of Lords eksempelvis, at de britiske myndigheder pålagde en person, at denne skulle opholde sig i sin lejlighed i på forhånd specificerede 14 timer i døgnet. Uden for dette tidsrum måtte personen ikke bevæge sig uden for et område på ca. 9 engelske mil, og han skulle melde sig hos et overvågningsfirma, når han forlod sin lejlighed og når han returnerede. Personens lejlighed kunne ransages på alle tidspunkter af døgnet, og på de tidspunkter, hvor han skulle tage ophold i sin lejlighed var det kun personens far, børn under ti år, myndighedspersoner eller personer, der var blevet godkendt af indenrigsministeriet, der måtte besøge ham. Det var også forbudt for personen at kommunikere med navngivne personer og han havde kun lov til at frekventere en

specifik moské. Han måtte ikke have kommunikationsudstyr af nogen som helst slags (telefon, computer osv.), og han skulle aflevere sit pas og måtte hverken opsøge lufthavne, havne eller visse togstationer. Endelig var personen pålagt at bære et elektronisk "tag" (à la en dansk 'fodlænke'), ligesom der var restriktioner på hans "financial arrangements".<sup>142</sup>

Efter terrorangrebene i London i juli 2005 skærpede den britiske lovgiver endnu engang den britiske antiterrorlovgivning markant. Mens nogle af stramningerne, som tidligere berørt, beroede på stigningen i de internationale forpligtelser på antiterrorområdet bundede andre i særskilte britiske ønsker om en stram antiterrorlovgivning. I *Terrorism Act 2006* udvidede den britiske lovgiver eksempelvis atter det tidsrum, inden for hvilket en mistænkt terrorist kan tilbageholdes, inden han sigtes for en forbrydelse fra 14 dage til 28 dage.<sup>143</sup> Ingen andre vestlige demokratier tillader i fraværet af en væbnet konflikt myndighederne at tilbageholde mistænkte personer i så lang tid inden sigtelse.

### **Prioriteringen af frihed og sikkerhed i Danmark**

Indholdet af den danske antiterrorlovgivning illustrerer, at de danske politikere efter den 11. september 2001 har skruet op for sikkerheden, og som en konsekvens heraf også på en række punkter har været nødsaget til at begrænse friheden. Politikerne er ikke gået tilnærmelsesvis lige så langt som eksempelvis de amerikanske og til en vis grad også britiske politikere, men vi kommer ikke uden om, at dele af den danske antiterrorlovgivning også begrænser friheden i det danske samfund. Det øgede strafferetlige værn mod terror og den øgede kriminalisering af terrorrelaterede handlinger har eksempelvis begrænset vores frihed til at udfolde os, som vi ønsker. Myndighedernes øgede beføjelser til at registrere, overvåge og gribe ind i vores meddelelseshemmelighed har begrænset vores frihed til at kommunikere uden at blive kigget over skulderen. De mange restriktioner på finansielle transaktioner har begrænset vores frihed til at overføre økonomiske midler til dem, som vi ønsker. De mange stramninger af reglerne for udlændinge har begrænset disse personers frihed til at indrejse i og tage ophold i Danmark og sådan kan man blive ved. Vi er med andre ord alle sammen i

antiterrorismens navn blevet en lille smule mindre frie end vi var før den 11. september 2001.



## Kapitel 4. "Retsstat"?

*"Democracy ... is based on the simultaneous existence of both the rule of the majority and the rule of values that characterize democracy."*<sup>144</sup>

### Indledning

For at kunne vurdere, om antiterrorlovgivningen med dens betoning af forebyggelse og det politiske ønske om at skrue op for sikkerheden (på bekostning af friheden) udgør en trussel for vores retsstat, er vi naturligvis nødt til at vide, hvad begrebet "retsstat" dækker over. Hvad er retsstaten egentlig for en størrelse?

Der er skrevet – og kan fortsat skrives – utallige bøger og artikler om retsstaten og dens oprindelse, og det er under alle omstændigheder ikke muligt at yde begrebets kompleksitet og historie fuld fortjeneste i et bidrag som dette. I det følgende må læseren derfor affinde sig med, at der males med den store og – til tider – unuancerede historiepen- sel. Den meget simple definition på en retsstat – der i unuanceringens tegn i dette bidrag bruges synonymt med det engelske begreb "rule of law" – er, at det er en stat, der beskytter borgerne mod statsmagts tyranniske tendenser ved at opsætte retlige rammer for statens magtudøvelse. De mange tanker om retsstaten udgør imidlertid på ingen måde en samlet og velafgrænset teori, men er snarere at anse som en samlebetegnelse for forskellige idéer og tanker om det retmæssige forhold mellem stat og borger, der er blevet formuleret af forskellige aktører på forskellige steder på forskellige historiske tidspunkter. Det kan derfor heller ikke komme som nogen overraskelse, at der ikke hersker fuldkommen enighed om begrebets afgrænsning.<sup>145</sup> Den eksisterende uenighed betyder naturligvis også, at der i praksis vil kunne være stor forskel på opfattelserne af, om antiterrorlovgivningen udfordrer "retsstaten" – et forhold som læseren selvsagt bør være opmærksom på i den resterende del af dette bidrag. Men det kan ikke være anderledes, når der ikke er enighed om indholdet af den ene af de to ting, der skal sammenlignes.

På samme måde, som der ikke er enighed om det præcise indhold af retsstatsbegrebet, er der heller ikke enighed om retsstatens forhold til menneskerettighederne. Dette er ikke stedet at bruge en masse krudt på det, men den korte historie er, at de fleste menneskerettigheder har sine rødder i

retsstatens betoning af henholdsvis politisk, retlig og personlig frihed (se herom neden for), og det er derfor også oplagt, at brud på retsstatsprincipper ofte også krænker konkrete menneskerettigheder.<sup>146</sup> Den ekspansive udvikling af menneskerettighederne i de seneste årtier har imidlertid gjort, at disse har et materielt omfang, der klart overstiger retsstatsbegrebet, og det vil derfor heller ikke altid være sådan, at menneskerettighedskrænkelser også vil være brud på retsstaten. Eller sagt på en anden og mere relevant måde for dette bidrag: Elementer af antiterrorlovgivningen kan godt krænke menneskerettighederne uden at bryde med vores retsstat, og en eventuel konklusion i dette bidrag om, at et konkret element i vores antiterrorlovgivning ikke krænker vores retsstat, behøver derfor ikke nødvendigvis også at betyde, at dette element ikke skulle kunne være problematisk i forhold til menneskerettighederne. Men hvorvidt det er tilfældet berøres ikke på dette sted, hvor fokus er begrænset til det snævrere begreb retsstaten.

### **Tidlige retsstatstanker**

Første gang, vi ser noget, der ligner borgeres forsøg på at bruge retten til at opnå beskyttelse mod statens magtudøvelse, er helt tilbage i oldtidens Grækenland, hvor man for ca. 2500 år siden havde opbygget en form for demokrati i form af en "polis", hvor alle borgere – hvilket på daværende tidspunkt dog kun var mænd over en vis alder – havde medindflydelse på, hvordan samfundet var indrettet og hvordan tvister mellem borgerne blev løst. Det græske demokrati overlevede (i en periode i hvert fald), fordi grækerne – som sædvanlig repræsenteret af Platon og Aristoteles – var opmærksomme på demokratiets farer og formåede at bruge retten som et redskab til at sikre borgerne beskyttelse mod de værste af flertallets populistiske tendenser. Retten skulle sikre, at det demokratiske flertal ikke misbrugte deres beføjelser til at udstikke de overordnede retningslinjer i samfundet på en sådan måde, at det førte til undertrykkelse af mindretallet.<sup>147</sup>

I Middelalderen genfindes sådanne tidlige retsstatsprincipper i den måde, hvorpå de ellers så enerådige monarker undertiden måtte acceptere, at de alligevel ikke var så enerådige, og at også *de* var underlagt loven i deres behandling af borgerne. Det var først og fremmest den katolske kirke og adelen,

der undertiden formåede at opnå en form for retlig beskyttelse mod monarkernes magtudøvelse i form af mere eller mindre eksplicitte indrømmelser og magtafståelser fra monarkerne.<sup>148</sup> En af de mere berømte indrømmelser var den britiske Kong Johns underskrivelse af Magna Carta i 1215, der af især britiske og amerikanske jurister ofte anses som retsstatens fødsel. Ved Magna Carta måtte kongen med bøjet nakke erkende, at samfundets borgere, – der dengang alene udgjordes af den britiske adel – der var trætte af at skulle levere fodfolk til kongens fortabte krig mod Frankrig, havde visse rettigheder over for kongen og dennes magtudøvelse. Selv kongen var altså bundet af loven. Magna Carta introducerede almindelige domstole og nævninge i retssagsbehandlingen og knæsatte også det princip, at en borger er berettiget til et minimum af processuel beskyttelse – i angelsaksisk ret betegnet ”due process” – når kongen/ staten griber ind i dennes fundamentale rettigheder.<sup>149</sup>

Det var dog ikke kun i Storbritannien, at datidens monarker måtte finde sig i, at deres beføjelser over for borgerne ikke var helt uindskrænkede. I germansk ret var det ligeledes fast antaget, at kongens beføjelser var begrænsede af ofte uskreven sædvaneret, der eksisterede uafhængigt af kongens vilje, og som kongen derfor ikke blot kunne ændre eller ignorere efter forgodtbefindende. Som alle andre var også monarkens beføjelser begrænsede af sædvaneretten.<sup>150</sup> I Danmark genfindes begrænsningerne af kongens beføjelser i den daværende tradition for håndfæstninger.

### **De moderne retsstatsprincipper**

Det var dog først med liberalismens fødsel i 16- og 1700-tallet, at de principper for retsstaten, som vi kender i dag i vores del af verden, blev formuleret. Liberalisme er som bekendt baseret på en grundantagelse om, at individet er frit til at bestemme over sig selv og sin skæbne, og at det derfor i teorien også kun er individet selv, der kan lægge begrænsninger på dets udfoldelsesmuligheder. Det er imidlertid vigtigt ikke at overfortolke betydningen af denne grundantagelse, og liberalisme må *ikke* forveksles med ren *laissez faire*. Liberalismen anerkender således, at det undertiden kan være nødvendigt at begrænse individets frihed, når udøvelsen af denne frihed kolliderer med andre borgeres frihed. Ingen frie



samfund kan overleve, hvis alle kan gøre fuldstændig, som de vil. Et frit samfund kræver nogle basale spilleregler, der foreskriver, hvordan de frie borgere skal opføre sig, når deres udøvelse af frihed kolliderer med andre borgers frihed, ligesom et frit samfund kræver en uafhængig instans, der kan afgøre de tvister, der uundgåeligt opstår borgerne imellem. For ellers begynder de frie borgere bare at gribe til selvtægt. Liberalismen er med andre ord ikke blind over for det ikke ubetydelige paradoks, der ligger i, at det kun er ved at begrænse borgernes frihed, at friheden kan bevares. Frihed kræver begrænsninger.

Den umiddelbare modsætning imellem borgernes grundlæggende frihed på den ene side og behovet for begrænsninger i friheden på den anden håndteres i liberalismen på den måde, at det er borgerne selv, der opstiller rammerne for og bestemmer indholdet af de begrænsninger, som de underlægges. For herved bevarer borgerne – i teorien i hvert fald – deres frihed i den forstand, at begrænsningerne på deres frihed ikke er blevet pålagt dem af andre, men derimod er baseret på deres egen accept. Liberalismen er imidlertid udmærket klar over den fare, der er forbundet med at overlade en stat en beføjelse til at administrere begrænsningen i borgernes frihed og for at sikre, at staten ikke udvikler sig til et tyranni, opstiller liberalismen forskellige typer af friheder, som borgerne skal nyde og nogle basale principper for den måde, som staten skal udøve sin magt på.

Det er disse liberalistiske friheder og principper for magtudøvelse, der over tid har fundet vej til såvel nationale forfatninger som internationale konventioner – som regel i form af såkaldte negative menneskerettigheder – som i dag udgør de centrale elementer i vores opfattelse i den vestlige verden, af, hvad en retsstat er for noget. Vores moderne retsstatsbegreb kan herved spores direkte tilbage til liberalismens fødsel. Det hører imidlertid med til historien, at den liberalistiske indflydelse på udviklingen af retsstatsprincipperne ikke har været den samme alle vegne, og i Danmark har vi eksempelvis også været under kraftig påvirkning af de tyske tanker om "ein rechtsstaat", der i høj grad har haft stor indflydelse på det danske retsstatsbegreb. For gennemgangen i dette kapitel har dette forhold imidlertid kun en begrænset betydning og den læser, der vil studere eventuelle nuancer yderligere må søge tilflugt i speciallitteraturen.

Den første af de grundlæggende friheder i den liberalistiske retsstat er den *politiske frihed*, der fordrer, at borgerne selv bestemmer indholdet af de love, som de er underlagt. Borgerne er med andre ord på samme tid *både* i besiddelse af magten *og* underlagt den. Begrænsningerne i borgernes frihed er legitime, så længe borgerne selv har indflydelse på begrænsningerne indhold, og risikoen for tyranni mindskes, når det er borgerne selv, der sidder på magten. Politisk frihed kommer i en moderne retsstat til udtryk gennem det repræsentative demokrati og de periodevise valg af repræsentanter blandt befolkningen til lovgivende forsamlinger. I Danmark sikrer Grundlovens kapitel IV de danske borgere politisk frihed i form af ret til at vælge repræsentanter til Folketinget.

Den anden af de grundlæggende friheder er den *retlige frihed*, der først og fremmest foreskriver, at staten kun kan begrænse borgernes frihed på baggrund af de love, som borgerne selv har bestemt indholdet af. Den retlige frihed foreskriver derfor også, at det, der ikke er udtrykkelig forbudt, i sagens natur er lovligt og ikke kan sanktioneres af staten. Den retlige frihed er herved tæt knyttet til den politiske frihed. Retlig frihed betoner, at indgreb over for borgerne skal have hjemmel i lov, at ingen kan straffes for en handling, der ikke var kriminaliseret på gerningstidspunktet samt at lovens indhold skal være klart og tydeligt. Sidstnævnte betingelser tjener to vægtige formål. Det første er at sikre, at statens beføjelser til at begrænse borgernes frihed ikke overskrider borgernes egen accept, og det andet er at sikre, at borgerne kan forudse, om deres adfærd må forventes at blive mødt med sanktioner fra staten eller ej. Som grundlæggeren af liberalismen John Locke bemærker:

... for all the power the government has, being only for the good of the society, as it ought not to be arbitrary and at pleasure, so it ought to be exercised by established and promulgated laws; that both the people may know their duty, and be safe and secure within the limits of the law; and the rulers too kept within their bounds.<sup>151</sup>

Beskyttelsen af borgernes retlige frihed udtrykkes i dag i det såkaldte legalitetsprincip, der ganske vist ikke er nævnt i Grundloven, men som findes i § 1 i Straffeloven, der foreskriver, at straf kun kan "pålægges for et forhold, hvis strafbarhed er hjemlet ved lov, eller som ganske må ligestilles med et sådant."

Beskyttelsen af borgernes retlige frihed er imidlertid ikke begrænset til legalitetsprincippet. Den rummer også et endog særdeles væsentligt krav om, at *alle* borgere har ret til at få prøvet lovligheden af statens indgreb i dets fundamentale rettigheder ved en uafhængig instans. Denne ret til prøvelse – ”due process” – hænger sammen med legalitetsprincippet al den stund, at sidstnævnte ikke er meget værd for borgerne, hvis de ikke kan få nogen til at påse, at staten ikke overtræder det. Retten til prøvelse genfindes flere steder i Grundloven, såsom i § 63 og § 65, stk. 2 og § 71, stk. 3, og stk. 6.

Den tredje af de grundlæggende liberalistiske friheder, der skal sikre, at statens magtudøvelse ikke udvikler sig til tyranni, er den *personlige frihed*, der beskytter borgerne mod indgreb i de mest basale af deres friheder. Det drejer sig om friheden for indgreb i individets personlige integritet og frihed for indgreb i individets politiske overbevisning, samvittighed og religion. Liberalismen giver disse rettigheder en særstatus, fordi de er forudsætningen for, at den enkelte borger – det frie individ – kan tilrettelægge sit liv, som det ønsker. Den personlige frihed genfindes i opregningen af fundamentale borgerrettigheder, som *ingen* borgere i en retsstat kan tvinges til at afstå. I § 71, stk. 1, rummer Grundloven da også en (begrænset ganske vist) beskyttelse af borgernes ”politiske eller religiøse overbevisning”.

Liberalismens bestræbelser på at sikre, at staten ikke udvikler tyranniske tendenser er imidlertid ikke begrænset til de tre grundlæggende friheder – den politiske, den retlige og den personlige. Den grundlæggende skepsis i liberalismen over for staten gør, at den er meget opmærksom på de farer, der kan opstå, hvis alle statens magtbeføjelser koncentrerer samme sted. De bitre erfaringer i Europa med enevældige monarker demonstrerede for liberalismens faddere, at borgernes frihed kun vanskeligt kan sikres, hvis ikke statens mange beføjelser spredes. I tillæg til de grundlæggende friheder betoner liberalismen derfor nødvendigheden af institutionalisering og *adskillelse af statens magt*. For kun ved at sikre, at magten til at vedtage de love, der danner grundlag for indgreb i borgernes frihed (den lovgivende magt), magten til at håndhæve disse love (den udøvende magt) og magten til at afgøre, om lovene er blevet overtrådt (den dømmende magt), ikke er koncentreret hos den samme

person, kan tyranni undgås. Som en central aktør i denne ”magtadskillelæse” står et uafhængigt judicielt system (den dømmende magt), der i kraft af sin rolle som uafhængig prøvelsesinstans i sidste ende er borgernes vigtigste garant mod statens – undertiden i form af flertallet af borgernes – tyranniske tendenser og uberettigede indgreb i borgernes frihed. Magtadskillelæsens fadder, Baron de Montesquieu, udtrykker det på denne måde:

When the legislative and executive powers are united in the same person, or in the same body of the magistrates, there can be no liberty; because the apprehensions may arise lest the same monarch or senate should enact tyrannical laws, to execute them in a tyrannical manner. Again, there is no liberty, if the judicial power be not separated from the legislative and the executive. Were it joined with the legislative, the life and liberty of the subject would be subject to arbitrary control; for the judge would then be legislator. Were it joined to the executive power, the judge might behave with violence and oppression. There would be an end of everything, were the same man or the same body ... to exercise those three powers, that of enacting laws, that of executing the public resolutions, and of trying the causes of individuals.<sup>152</sup>

Magtadskillelæsen genfindes i en lang række forfatninger, herunder i Grundloven, der i § 3 foreskriver, at den lovgivende magt er hos Kongen og folkettingen, at den udøvende magt er hos kongen (i praksis regeringen), og at den dømmende magt er hos domstolene.

### **Retsstaten er først og fremmest proces**

Hvis der er én ting, der kendetegner den moderne retsstat, så er det proces. Det er nemlig først og fremmest proces, der skal beskytte borgerne mod statens uretmæssige indgreb i deres frihed, og det er derfor også først og fremmest proces, der binder staten i dens magtudøvelse. Uden proces ville der ganske enkelt ikke være nogen retsstat.

Retsstatens betoning af proces er særlig tydelig i dens beskyttelse af borgernes frihed til at bestemme over sig selv – den *politiske frihed* – hvor retsstaten opstiller en lang række processuelle krav til det forløb, der kulminerer i de love, der danner grundlaget for eventuelle indgreb i borgernes frihed. De mange processuelle regler har nemlig først og fremmest til formål at sikre, at borgerne har afgørende indflydelse på lovgivningen. Retsstaten opstiller eksempelvis processuelle krav til *udpegningen af de repræsentanter blandt*

*befolkninger*, der skal repræsentere borgerne i den lovgivende forsamling i den forstand, at der finder særlige regler for, hvem der har stemmeret, hvem der kan vælges som repræsentanter og hvor længe denne repræsentation løber inden valget skal fornyes. Der stilles også processuelle krav til den måde, hvorpå *forhandlingerne i den lovgivende forsamling foregår*, såsom regler for, hvor ofte repræsentanterne skal mødes, hvem der har stemmeret, osv. Retsstaten opstiller også processuelle regler for *udarbejdelsen af de love, der danner grundlaget for indgreb i borgernes frihed* i form af regler for, hvem af repræsentanterne der har ret til at stille forslag om nye love, hvor omfattende behandlingen og drøftelsen af ny lovgivning skal være og hvor mange repræsentanter, der skal stemme for en given lov, før den kan vedtages.

Retsstatens betoning af proces genfindes også i dens beskyttelse af borgernes *retlige frihed*, hvor proces – her bistået af form – skal sikre, at statens magtudøvelse holder sig inden for rammerne af de retningslinjer, som borgernes repræsentanter har udstukket i lovene, og at borgerne kan indrette deres tilværelse i tiltro til, at de ikke bryder disse love. Der findes derfor processuelle regler, der foreskriver, at borgerne først kan stilles til ansvar for overtrædelser af love, når disse er blevet offentliggjort, og retsstaten indeholder et klart udgangspunkt om forbud mod *straffelovgivning med tilbagevirkende kraft*. Retsstaten opstiller også særlige *formkrav til indholdet af loven* i den forstand, at lovteksten skal være tydelig og sprogbrugen klar. Vage eller ubestemte vendinger eller begreber bør undgås, da mindre præcis lovgivning både øger risikoen for, at borgerne ikke kan forudsige lovligheden af deres handlinger, og at staten kan misbruge indholdet af loven til at gøre uretmæssige indgreb i borgernes rettigheder. Og proces spiller naturligvis en særlig rolle i de krav, som retsstaten stiller til den ret til prøvelse af statens indgreb i fundamentale rettigheder, som er en uadskillelig del af borgernes retlige frihed. Der findes således en masse processuelle krav, der skal sikre, at *prøvelsen ved denne instans* giver alle borgere den beskyttelse mod staten, der er nødvendig, hvis statens påstande ikke er korrekte. Der findes eksempelvis processuelle krav til den uafhængige instans, der skal afgøre sagen, krav til beviser og krav til behandling af borgeren. Disse mange processuelle regler dækker over retsstatens grundlæggende antagelse om,

at det er staten, der skal bevise borgerens skyld – ikke borgeren der skal bevise, at han er uskyldig.

Proces figurerer også meget centralt i retsstatens bestræbelser på at sikre borgerne mod indgreb i deres *personlige frihed*, hvorved som berørt forstås borgernes mest grundlæggende rettigheder. For det er jo kun processuelle garantier, der i praksis kan give borgerne de fornødne muligheder for at modstå de forsøg på at gøre uretmæssige indgreb i den personlige frihed, som staten måtte gøre. Retsstaten opstiller derfor en masse processuelle regler, der skal *sikre borgere mod indgreb i deres grundlæggende rettigheder*, såsom overgreb på deres ukrænkelige personlige integritet i form af eksempelvis tortur.

Endelig er det også proces, der er hjørnestenen i den *adskillelse af magten* i henholdsvis en lovgivende, en udøvende og en dømmende magt, der ligger til grund for retsstatens bestræbelser på at sikre borgernes fortsatte frihed mod staten. Retsstaten rummer således en masse processuelle regler, der skal sikre, at ingen af de tre magter er i stand til at tiltage sig andre magters beføjelser, og der findes bl.a. regler om *den lovgivende magts krav på indsigt og kontrol* med den udøvende magts magtudøvelse, krav om *den udøvende magts ret til at udøve den magt, som de har fået overdraget* af den lovgivende magt og krav om *domstolenes ret til at nyde beskyttelse mod påvirkning*.

### **Men retsstaten er også indhold**

Vi har i de to foregående afsnit set, at retsstatsbegrebet (i hvert fald som det defineres i dette bidrag) med fordel kan opdeles i forskellige former for frihed og principper for statens magtudøvelse, hvoraf den ene af disse friheder er den personlige frihed, hvorved forstås borgernes frihed til personlig integritet og frihed til ikke at blive påtvunget flertallets politiske overbevisning, samvittighed eller religion. Den personlige frihed adskiller sig herved fra de andre friheder ved, at den ikke kun opstiller processuelle rammer, men også sætter *indholdsmæssige* grænser for, hvad flertallet af samfundets borgere kan pålægge mindretallet. Flertallet kan vedtage de love, som de ønsker, men de kan ikke ved disse love udsætte mindretallet for indgreb i deres personlige integritet i form af fysiske overgreb eller pålægge dem en konkret ”statspolitik” eller en given religion. For

hvis det var tilfældet, ville mindretallet ikke kunne bevare deres mest grundlæggende frihed.

Det hører imidlertid med til historien, at det til stadighed er genstand for debat i først og fremmest akademiske kredse, om det nu også er rigtigt, at retsstaten rummer andet og mere end proces, og nogle giver konsekvent udtryk for, at retsstaten ikke opstiller indholdsmæssige rammer for flertallet. Argumentet er, at der jo ikke er nogen højere autoritet end borgerne selv, og de kan derfor vedtage de love, som de vil, så længe de følger retsstatens krav til proces. Det er muligt, at borgerne i et samfund vedtager love, som for udenforstående kan synes uhensigtsmæssige eller sågar uretfærdige (hvordan man så end skal definere "retfærdighed"), men man kan ikke på den ene side påstå, at borgerne er de eneste, der kan lægge bånd på sig selv og på den side påstå, at denne selvbestemmelsesret er underlagt indholdsmæssige begrænsninger. For hvor skulle sådanne begrænsninger komme fra, hvis de ikke kommer fra borgerne selv? Risikoen for, at borgere måtte træffe "uretfærdige" beslutninger, der undertrykker minoriteter, er den pris, som samfundet må være villig til at betale for at opretholde borgernes frihed ret til at bestemme over sig selv.

En af dem, der giver udtryk for, at der ikke kan udledes nogle indholdsmæssige krav af retsstatsprincipperne og demokratiet som sådan, er Richard A. Posner, der er af de konservative amerikanske jurister, der som vi så i kapitel 3 også har gjort sig til talsmand for det standpunkt, at der er et ubetinget modsætningsforhold mellem frihed og sikkerhed, og at samfundets opgave i antiterrorismen derfor er at finde den rette balance mellem de to hensyn. Ifølge Posner er der tilsyneladende ingen grænser for, hvilke indgreb i friheden, der kan gøres, når beslutningstagerne i samfundet føler et behov for at vægte sikkerheden meget højt. Hvis man skal tro Posner, så er retten faktisk "intended to be a loose garment", for hvis den "binds too tightly, it will not be adaptable to changing circumstances and will leave too little room for the play of democratic forces."<sup>153</sup> Det afgørende for Posners vurdering af, om den lovgivning, der skal beskytte samfundet mod terrorisme, strider med retsstaten eller ej, er derfor heller ikke, om indholdet af denne gør indgreb i borgernes personlige frihed eller ej, men ene og alene om den er vedtaget i henhold til de relevante processer og former, og om

der i en given situation er et større eller mindre hensyn at tage til statens sikkerhed. Posner går endda så langt som til at argumentere for, at brugen af tortur undertiden kan være lovlig. For som han skriver: "the greater the potential value of the information sought to be elicited by an interrogation, the greater should be the amount of coercion deemed permitted".<sup>154</sup>

Der er ingen tvivl om, at påstanden om, at det ikke er muligt at begrænse indholdet af de lovgivning, som de frie borgere vedtager, på overfladen rammer et ømt punkt i retsfilosofien al den stund, at retten i de seneste par århundreder netop har forsøgt at frigøre sig fra tanken om, at der skulle eksistere nogle moralske værdier baseret på eksempelvis religiøse dogmer eller forestillinger om individets naturlige tilstand, der skulle kunne begrænse borgernes ret til at udforme samfundet, som de ønsker. Ja, retsstaten er endda et eksempel på, hvordan retten har forsøgt at befri sig fra de snærende og til tider udemokratiske rammer, som især moralfilosofien opstiller. Folk som Posner overser imidlertid, at liberalismen som tidligere nævnt jo *ikke* er det samme som *laissez faire*. Liberalismen anerkender, at begrænsninger i nogle af borgernes friheder kan være nødvendige – og legitime – når de er nødvendige for at sikre, at andre borgere kan nyde deres frihed. Friheden må som sagt nogle gange begrænses for at kunne bevares. Legitimiteten af retsstatens indholdsmæssige begrænsninger på borgernes ret til at vedtage de love, som de lyster, skal derfor heller ikke hentes i luftige (og ja, udemokratiske) moralbegreber – det *ville* være vanskeligt at forsvare i vores dage – men derimod i liberalismens egen anerkendelse af, at *alle* borgere har ret til at opretholde en lille kerne af frihed, som flertallet ikke kan gøre indgreb i.

Når et flertal af borgere vedtager love, der begrænser et mindretal af borgeres grundlæggende friheder, kolliderer flertallets frihed til at indrette samfundet, som de lyster (den politiske frihed), med mindretallets frihed til at opretholde den kerne af friheder, som de aldrig kan tvinges til at afgive (den personlige frihed). Retsstatens løsning på denne klassiske "konflikt" i et samfund er, at flertallets frihed til at lovgive må vige for mindretallets frihed til beskyttelse af dets helt basale friheder. Mindretallet må med andre ord i en retsstat finde sig i, at det er flertallet, der bestemmer indholdet af lovene i samfundet – men kun til



en vis grænse. Ingen kan tvinges til at acceptere indgreb i den personlige integritet, politiske overbevisning, samvittighed og religion. For hvis sådanne indgreb skulle tåles ville det ikke være muligt for de pågældende borgere at bevare den mest basale form for frihed og det er nu engang betoningen af frihed, der ligger til grund for vores retsstatsbegreb.

Problemet med Posners argument er derfor ikke, at han anskuer samfundets bestræbelser på at bekæmpe truslen fra terrorisme som en (vanskelig) politisk prioritering af de i hvert fald lejlighedsvis modsætningsfyldte hensyn til frihed og sikkerhed. For som nævnt i kapitel 3 er en sådan balancegang nu engang ofte nødvendig. Problemet er, at Posner begår den fejl, at han uden videre antager, at den *politiske* prioritering af disse hensyn til frihed og sikkerhed uden videre er forenelig med retsstaten. Han sætter med andre ord lighedstegn mellem det politiske og retlige svar på, hvorledes vi som samfund skal balancere frihed og sikkerhed uden at lade det indgå i sin analyse, at retsstaten netop udspringer af skepsis over for majoritetens politik og populistiske tendenser og derfor *ikke* kun handler om at beskytte flertallets ret til at bestemme, men også at beskytte mindretallet mod majoriteten. Posner overser, at retsstaten nogle gange skal begrænse flertallet – ikke kun muliggøre dets politik. Som Brian Z. Tamanaha bemærker, så skal retsstaten ikke bare kræve af samfundets beslutningstagere, at de udøver deres magt i overensstemmelse med loven, men også sætte grænser for, hvilke indgreb der i det hele taget kan gøres i borgernes frihed. Påstanden om, at retsstaten kun rummer proces – det som han betegner som ”formal legality” – er ikke tro mod retsstatens oprindelse:

The emptiness of formal legality ... runs counter to the long tradition of the rule of law, the historical inspiration of which has been the restraint of tyranny by the sovereign. Such restraint went beyond the idea that the government must enact and abide by laws that take on the proper form of rules, to include the understanding that limits imposed by law were substantive ... Formal legality discards this orientation. Consistent with formal legality, the government can do as it wishes, so long as it is able to pursue those desires in terms consistent with legal rules declared in advance. If the government is moved to do something not legally permitted, it must simply change the law first, making sure to meet the requirements of the legal form.<sup>155</sup>

Posner overser, at et af retsstatens fornemmeste formål netop er at efterprøve, om den politiske prioritering af eksempelvis frihed og sikkerhed er forenelig med borgernes fundamentale frihed. Han overser med andre ord, at politik og ret ikke er det samme.<sup>156</sup> Som Michael Ignatieff skriver, så er det da også:

... hard to see why anyone would care about the rule of law if it is simply a piece of useful procedures or a public policy constraint. It is hard to understand how the rule of law could generate allegiance unless it expressed a common moral commitment to the dignity of individuals. At least some of the reason why people obey the law has to do with the idea that it is theirs, a product of democratic suffrage, but also that it expresses a commitment to accord them equal respect and equal consideration.<sup>157</sup>

Det er velkendt, at erfaringerne fra Tyskland i 1930'erne viser, hvor galt det kan gå for et samfund, hvis retsstaten reduceres til proces og ikke inkluderer indholdsmæssige krav. Tyskland i 1930'erne levede nemlig på alle måder op til retsstatens *processuelle* krav i den forstand, at den tyske lovgivning, der banede vejen for alle nazismens ugerninger, blev udformet og vedtaget i overensstemmelse med de eksisterende processer, ligesom de tyske myndigheder havde lovhjemmel til at foretage de mange indgreb i borgernes frihed, som de gjorde. Det var med andre ord *ikke en mangel på proces og form*, der banede vejen for nazisternes uhyrligheder. Det var derimod lovgivningens *indhold*.

Den tyske lovgivning tillod staten at forfølge politiske modstandere og minoriteter uden skelen til borgernes mest basale frihed, og erfaringerne fra Nazi-Tyskland viser os, at et samfund, der kun stiller krav til proces – og ikke indhold – af den lovgivning, som flertallet vedtager, i virkeligheden slet ikke er i stand til at beskytte borgerne mod statens tyranni. Det samme viser erfaringerne fra USA under slaveriet og Sydafrika under Apartheid, hvor undertrykkelsen af de sorte befolkninger – der i Sydafrika endda var majoriteten – var fuldt ud forenelig med såvel amerikansk som sydafrikansk lovgivning. Proces uden indhold er i virkeligheden blot et instrument – endda et ofte særdeles effektivt instrument – som det står staten frit for at anvende til at fremme et hvilket som helst formål, herunder undertrykkelse af minoriteterne. Et samfund, der er baseret på proces, men ikke indhold, er selvfølgelig et samfund baseret på ret. Men det er ikke et

samfund, som fortjener betegnelsen "retssamfund". Det er et samfund baseret på "rule-*by*-law" – ikke "rule-*of*-law".

Vores moderne retsstatsbegreb er i høj grad en reaktion på netop Nazi-Tyskland,<sup>158</sup> og vi kommer derfor heller ikke uden om, at begrebet "retsstat" i vestlig forstand ikke kun er en samlebetegnelse for processuelle krav til samfundets beslutningstagere, men også dækker over at beslutningstagerne skal respektere borgernes mest grundlæggende rettigheder. Det synes da også at være den generelle opfattelse i FN<sup>159</sup>, og i OSCE, der i 1990 understregede, at retsstatsbegrebet ("rule-of-law") ikke kun rummer krav til proces, men også "justice based on the recognition and full acceptance of the supreme value of the human personality and guaranteed by institutions providing a framework for its fullest expression".<sup>160</sup>

## Kapitel 5. Antiterroren og retsstaten

*"Der må kræves en rimelig sandsynliggørelse af, at der har været et sådant faktisk grundlag for farevurderingen, at frihedsberøvelsen ikke kan anses for uhjemlet eller ubegrundet ... Denne sandsynliggørelse må ske ved, at myndighederne for retten fremlægger de i så henseende fornødne oplysninger med passende adgang til kontradiktion."*<sup>161</sup>

### Indledning

Det er nu blevet tid til at se nærmere på, om den danske antiterrorlovgivning, med betoningen af forebyggelse og sikkerhed, udfordrer vores retsstatsbegreb. Og for at kunne give et svar på dette – ganske komplicerede – spørgsmål, tages der i det følgende udgangspunkt i de forskellige former for friheder – politisk, retlig og personlig – og de principper for magtadskillelse, der indeholdes i det retsstatsbegreb, som vi kender i vores del af verden, og som blev uddybet i forrige kapitel. Det betyder, at gennemgangen er systematiseret på den måde, at vi starter med at kigge nærmere på, om – og i givet fald hvorledes – retsstatens betoning af *politisk frihed* udfordres af antiterrorlovgivningen. Dernæst ser vi nærmere på den *retlige frihed*, den *personlige frihed* og til sidst retsstatens principper for *magtadskillelse*.

### Udfordrer antiterrorlovgivningen retsstatens principper om borgernes politiske frihed?

#### *De internationale forpligtelser*

Et af retsstatens fremmeste formål er som berørt i forrige kapitel at sikre, at borgerne bestemmer over sig selv, og at det er borgerne selv, der fastlægger indholdet af de begrænsninger i deres frihed, som de anser for at være nødvendige. Antiterrorlovgivningen udfordrer den politiske frihed, fordi en betragtelig del af lovgivningen som berørt i kapitel 1 slet ikke udgår fra vores egne politikere på Christiansborg med derimod fra politikere i internationale institutioner som EU, Europarådet og FN. Dette er ikke stedet at genåbne den gamle debat om det mere eller mindre demokratiske og "retsstatsagtige" i, at institutioner som EU kan træffe beslutninger og vedtage retsakter, der er bindende for det danske folketing og dermed i sidste ende også for den danske

befolkning, men vi kommer ikke uden om, at de mange begrænsninger af danske borgeres frihed, der har sin rod i de internationale – og ikke nationale – antiterroriltag, ikke harmonerer helt godt med princippet om, at det er samfundets borgere – i modsætning til udenforstående – der skal bestemme indholdet af deres egne love. Dette gør sig naturligvis især gældende for de mange forpligtelser, som det danske samfund er blevet pålagt af FN's Sikkerhedsråd i kølvandet på angrebene den 11. september. For hvor danske politikere i det mindste har haft medindflydelse på indholdet af de antiterrorforpligtelser, der er udgået fra EU og Europarådet, gør det samme sig ikke gældende for de forpligtelser, som har sin rod i FN Sikkerhedsråd, der jo er et beslutningsorgan, hvor Danmark kun sjældent er repræsenteret.

#### *Antiterrorlovenes proces og form*

Retsstatens betoning af politisk frihed er imidlertid ikke begrænset til flertallets frihed til at fastsætte indholdet af lovgivningen. For at sikre, at indholdet af lovgivningen er repræsentativ for borgernes politiske ønsker opstiller retsstaten som berørt i forrige kapitel en række *processuelle og formmæssige krav*. Det mest relevante af disse krav er dem, der stilles til det lovforberedende arbejde, hvis betydning for antiterrorlovgivningen dårligt kan overvurderes. Det er der to grunde til. For det første er det oplagt, at der må stilles meget skrappe krav til grundigheden i det arbejde, der danner grundlag for love, der, som dele af antiterrorlovene, hjemler alvorlige indgreb i borgernes frihed, såsom retsforfølgning med risiko for idømmelse af meget langvarig frihedsstraf. Når vi som borgere giver staten beføjelse til at putte nogen blandt os i fængsel i årevis, må vi have tiltro til, at der ligger et omhyggeligt stykke lovgivningsarbejde og grundige politiske overvejelser bag. Forberedelsen af love skal selvfølgelig altid være i orden, men nogle gange er det bare vigtigere end andre gange. Som en tidligere kollega engang ganske rigtig bemærkede, så er antiterrorlovene jo ikke love om fingermaling.

For det andet er det lovforberedende arbejde særligt vigtigt ved udarbejdelsen af love som antiterrorlovene, fordi indholdet er meget politisk ømtåleligt. Få politiske tiltag er på samme måde som antiterrorlovgivningen i

stand til at dele de politiske vande i Folketing og befolkningen, og netop derfor er det særlig vigtigt, at lovforberedelsen er omhyggelig og tager højde for alle synspunkter og perspektiver. Folk, der er modstandere af lovgivning, skal med andre ord have tiltro til, at hver en sten er vendt, og at også de er blevet hørt. Jo mere kontroversielt indholdet af en lovgivning er, jo vigtigere er proces og form.

Der er næppe nogen tvivl om, at terrorismen undertiden presser vores politikere til at tage hastige skridt til at forbedre beskyttelsen af det danske samfund mod terrorisme, og det kan naturligvis risikere at gå ud over kvaliteten af det lovforberedende arbejde. Professor ved Københavns Universitet Jørn Vestergaard har eksempelvis bemærket følgende om den lovgivningsproces, der gik forud for vedtagelsen af den første terrorkpakke, der blev vedtaget kort tid efter den 11. september:

... det generelle forløb af lovgivningsprocessen var fra en kvalitetsmæssig betragtning stærkt utilfredsstillende. Høringsinstanser og offentlighed blev dynget til med bjerge af kontroversielt materiale, der, til trods for at det blev præsenteret i ufærdig og til dels usammenhængende form, blev jaget igennem med ekspresfart.<sup>162</sup>

Jo større tidspresset er, jo større er udfordringen for lovgivningsprocessen og det lovforberedende arbejde.

Et yderligere forhold vedrørende processen af den danske antiterrorlovgivning skal lige berøres. For en af de ting, som såvel den daværende som den nuværende danske regering er blevet beskyldt for, er, at de har overdrevet omfanget af de internationale antiterrorforpligtelser og herved fået vedtaget lovgivning, som Danmark ikke har været forpligtet til at gennemføre, men som vores regering ikke desto mindre alligevel gerne ville have gennem Folketinget. Kritikere har eksempelvis anført, at regeringen under forberedelsen af den første terrorkpakke ikke i tilstrækkelig grad forklarede befolkningen og de øvrige politikere i Folketinget, at det som berørt i kapitel 1 ikke var *alle* antiterrorforpligtelserne i FN's Sikkerhedsrådsresolution 1373, der var bindende for Danmark. En del af dem var blot opfordringer. Daværende seniorforsker ved Institut for Menneskerettigheder Ida Elisabeth Koch har bl.a. bemærket følgende:

... den samlede anti-terrorpakke blev præsenteret som nødvendig af hensyn til Danmarks deltagelse i det internationale samarbejde. Justitsministerens lovforslag blev således fremsat under overskriften: "Gennemførelse af FN-konventionen til bekæmpelse af finansiering af terrorisme, gennemførelse af FN's Sikkerhedsråds Resolution 1373 (2001) samt øvrigt initiativer til bekæmpelse af terrorisme mv." Integrationsministerens lovforslag om ændringer i udlændingeloven blev fremsat under overskriften "Initiativer mod terrorisme m.v. – opfølgning på FN's Sikkerhedsrådsresolution nr. 1371 af 28. September 2001 om bekæmpelse af terrorisme." Lovpakken blev altså præsenteret for Folketinget som det uafvendelige resultat af Danmarks internationale forpligtelser til at bekæmpe terror, selv om meget store dele af pakken faktisk hører hjemme i kategorien "m.v." ... det signal, der blev sendt til Folketingets medlemmer fra både den nuværende og den forrige regering var altså, at lovpakken kun i begrænset omfang var til forhandling, idet Danmark er bastet og bundet af internationale regler om terrorbekæmpelse.

163

Hvis det er korrekt, at der blev sendt et sådant "signal", levede lovgivningsprocessen selvfølgelig ikke op til de principper om åbenhed, der må stilles i et retssamfund og det er naturligvis ikke optimalt. Langt alvorligere er det imidlertid, at hvis det også er korrekt – som nogle har ladet forstå<sup>164</sup> – at det lykkedes regeringen at udnytte uklarheden om omfanget af de danske antiterrorforpligtelser til at få gennemført lovgivning, som den ellers ikke kunne have fået igennem Folketinget. For i så fald har regeringen jo ikke bare skåret nogen processuelle hjørner, men i praksis kortsluttet den demokratiske proces og gennemført lovgivning med et indhold, der er i strid med flertallets ønsker og dermed også uretmæssigt grebet ind i borgernes politiske frihed.

Dette er ikke stedet at forsøge at gøre sig klog på, om disse – i virkeligheden ganske alvorlige – påstande er korrekte eller ej. Her rækker det at bemærke, at retsstaten naturligvis ikke forhindrer, at vores politikere "overopfylder" vores internationale forpligtelser i den forstand, at det står dem frit for at omsætte ikke bindende internationale anmodninger til dansk lovgivning. Der er masser af områder, hvor Danmark overopfylder sine internationale forpligtelser, og det kan der være mange gode grunde til. Men respekten for borgernes ret til selv at bestemme indholdet af deres egen lovgivning kræver selvfølgelig også, at den lovgivningsmæssige beslutningsproces tilrettelægges på en sådan måde, at vi som borgere kan gennemskue, hvilke forhold, som vi pålægges internationalt – og derfor ikke står til at ændre – og hvilke, vi ikke

pålægges internationalt – og følgelig er til forhandling. Retsstatens betoning af politisk frihed fordrer, at den demokratiske debat og forhandling er så åben og ærlig som muligt, og at der ikke manipuleres med borgernes frihed til at bestemme indholdet af de begrænsninger, de underlægges.

### **Udfordrer antiterrorlovgivningen retsstatens principper om retlig frihed?**

#### *Antiterrorlovgivningens klarhed*

En af de ting, som retsstaten skal sikre, er, at der kun kan gøres indgreb i vores frihed i overensstemmelse med de love, som vi som borgere i kraft af vores politiske frihed har haft indflydelse på, og at vi kan forudse, om vores adfærd er i strid med loven og derfor må forvente at blive mødt med sanktioner fra statens side. Det såkaldte legalitetsprincip foreskriver derfor, at lovens indhold skal fremstå klart og tydeligt, og at der ikke anvendes for vage eller ubestemte ord eller vendinger. Antiterrorismen udfordrer legalitetsprincippet, fordi Danmark efter den 11. september af først og fremmest EU er blevet pålagt at styrke det strafferetlige værn mod terror, og i den forbindelse har fået en række nye bestemmelser i Straffeloven, hvis indhold ikke er helt så klart, som man kunne ønske sig. Bestemmelserne er således blevet kritiseret for at have ”en ganske vidtgående og ubestemt beskaffenhed.”<sup>165</sup> Dele af kritikken har bl.a. gået på de ubestemte vendinger i den definition af terrorisme, der blev indføjet i Straffeloven efter vedtagelsen af Rådets rammeafgørelse om bekæmpelse af terrorisme i sommeren 2002.<sup>166</sup>

#### *Retlig prøvelse af indgreb i friheden – ”due process”*

Den største udfordring for vores retsstat er uden sammenligning den del af antiterrorlovgivningen, der gør indgreb i mistænkte terroristers ret til prøvelse af grundlaget for de indgreb i fundamentale friheder, som staten foretager. Det har altid været et centralt element i retsstaten, at alle borgere er berettiget til et minimum af processuel beskyttelse i form af prøvelse ved en uafhængig instans – på engelsk betegnet ”due process” – når staten griber ind i borgernes fundamentale friheder for uden en ret til prøvelse kan legalitetsprincippet og beskyttelsen mod uhjemlede indgreb vise sig at være af begrænset betydning.



Presset på retten til prøvelse er først og fremmest opstået, fordi myndighederne i de vestlige samfund som Danmark som berørt i kapitel 2 er blevet afhængige af efterretninger om terrorisme, hvis kilder eller metoder ofte ikke kan afsløres uden, at de kompromitteres. Og som andre stater har også Danmark undertiden haft vanskeligt ved at anvende sådanne følsomme oplysninger i sager mod mistænkte terrorister på en måde, der er forenelig med retsstatens krav til indholdet af den prøvelse, som de mistænkte terrorister er berettigede til. Vi har groft sagt undertiden lagt vægt på for mange hemmelige oplysninger.

Som nævnt i kapitel 1 indførtes som led i den første terrorpakke en række nye regler i udlændingeloven, der har til formål at øge samarbejdet mellem vores efterretningstjenester og udlændingemyndigheder, så sidstnævnte kan sikre, at der ikke gives opholdstilladelse til personer, der udgør en fare for statens sikkerhed, såsom mistænkte terrorister. En af nyskabelserne i disse regler var, at integrationsministeren i sager, hvor en udlænding vurderes at udgøre en fare for statens sikkerhed, og hvor der ønskes truffet en afgørelse om nægtelse af opholdstilladelse, inddragelse af opholdstilladelse, udvisning eller eventuelt tvangsmæssig udsendelse, efter indstilling fra justitsministeren, kan foretage en sikkerhedsvurdering af en udlænding, der er bindende for udlændingemyndighederne.<sup>167</sup> Og denne beslutning kan om fornødent hemmeligholdes for såvel den udlænding, som indstillingen angår, som udlændingemyndighederne.<sup>168</sup>

De nye regler gjorde det med andre ord muligt for integrationsministeren (og justitsministeren) at pålægge eksempelvis Flygtningenævnet at meddele afslag på opholdstilladelse til en udlænding på baggrund af oplysninger om denne persons påståede fare for statens sikkerhed, som hverken Flygtningenævnet eller udlændingen havde mulighed for at se.<sup>169</sup> Når disse regler sammenholdes med, at udlændingeloven hjemler frihedsberøvelse af personer, som staten tager skridt til at udsende<sup>170</sup>, og at myndighederne heller ikke var forpligtet til at begrunde frihedsberøvelsen over for den domstol, der skulle tage stilling til lovligheden af en sådan frihedsberøvelse, gjorde terrorpakken det altså i praksis muligt for myndighederne at frihedsberøve en udlænding, der udgjorde en fare for statens sikkerhed uden at begrunde det.

I løbet af 2008 skulle de danske domstole så tage stilling til, om frihedsberøvelsen, i henhold til de nye regler af to tunesiske statsborgere, der var mistænkt for at have planlagt at dræbe Muhammed-tegneren Kurt Westergaard, var lovlig. Justitsministeriet og integrationsministeren havde vurderet, at de oplysninger, der lå til grund for sikkerhedsvurderingen af de to tunesere, hverken måtte videregives til personer selv eller til retten, og det eneste disse fik af vide var derfor, at Politiets Efterretningstjeneste vurderede, at de to personer var mistænkt for at have deltaget i planlægningen af drabet på Kurt Vestergaard. Punktum. De meget sparsomme oplysninger var imidlertid ikke desto mindre alligevel nok til at overbevise såvel byretten som landsretten om, at frihedsberøvelsen af de to tunesere var lovlig, og hverken den enlige byretsdommer eller de tre landsretsdommere anså det altså for noget større problem, at de danske myndigheder frihedsberøver personer uden at begrunde hvorfor.

Der er mange grunde til, at byretten og landsrettens afgørelser var tankevækkende. En af disse er, at Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol helt tilbage i 1996 i *Chahal* (som man må formode, at i hvert fald landsdommerne havde haft mulighed for at sætte sig ind i) havde konkluderet, at det netop *ikke* var foreneligt med konventionens regulering af retten til prøvelse, at Storbritannien frihedsberøvede en udlænding, der – ligesom de to tunesere – var mistænkt for at udgøre en fare for statens sikkerhed uden, at udlændingen fik kendskab til og adgang til at kommentere de oplysninger, der lå til grund for beslutningen om frihedsberøvelse.<sup>171</sup> Afgørelsen i *Chahal* blev oveni købet nævnt i en artikel af daværende adjunkt på Københavns Universitet Jonas Christoffersen i Ugeskrift for Retsvæsen i 2004, hvor Christoffersen i eksplicitte vendinger gjorde opmærksom på, at de danske domstole ville krænke konventionen, hvis der i domstolenes prøvelse af grundlaget for en frihedsberøvelse efter de nye bestemmelser i terrork pakken ”opretholdes fortrolighed”.<sup>172</sup>

Som vi skal se i kapitel 6, så kan der kun være to mulige forklaringer på, at byretten og landsretten kom frem til det resultat, som de gjorde. Enten havde byretsdommeren og de tre landsdommere en helt anden opfattelse end undertegnede og Menneskerettighedsdomstolen – og som det senere viste sig også

Højesteret – af, hvilke krav som retsstaten stiller til myndighederne, når de vil frihedsberøve en person eller også mente de ikke, at de skulle blande sig i den måde, som regeringen bekæmper terrorisme på. Ingen af de to muligheder er selvfølgelig særlig betryggende for vores retsstat, og vi skal som borgere være bekymrede, når vores domstole tillader, at staten kan frihedsberøve os uden i det mindste at blive afkrævet en begrundelse. I en retsstat må vi som borgere have tiltro til, at de dommere, der beklæder vores domstole, har ryggrad nok til at sætte foden i døren og beskytte os mod myndighedernes uretmæssige indgreb i vores frihed. Det er jo derfor, de sidder der. Dette er hårde ord og selvfølgelig en skarp kritik af byretten og landsretten. Men den er ikke desto mindre berettiget. Det er som sagt ikke fingermaling det her.

Heldigvis havde Højesteret fulgt lidt bedre med i retsstatsundervisningen end by- og landsretten, og et enigt dommerpanel på ni dommere fandt derfor, at frihedsberøvelsen af de to tunesere selvfølgelig ikke var lovlig. I en retsstat tillader man ganske enkelt ikke, at myndighederne spærre folk inde uden at begrunde det. Højesteret bemærkede i sin kendelse, at en effektiv kontrol af frihedsberøvelsens lovlighed som minimum skal indebære en ”vis prøvelse af det faktuelle grundlag for afgørelsen”. Der må således:

kræves en rimelig sandsynliggørelse af, at der har været et sådant faktisk grundlag for farevurderingen, at frihedsberøvelsen ikke kan anses for uhjemlet eller ubegrundet ... Denne sandsynliggørelse må ske ved, at myndighederne for retten fremlægger de i så henseende fornødne oplysninger med passende adgang til kontradiktion.<sup>173</sup>

Højesteret hjemviste derfor sagerne til fornyet behandling ved byretten og landsretten med den besked, at politiet måtte komme op med nogle flere oplysninger til støtte for deres påstand om, at de to personer udgjorde en fare for statens sikkerhed.

I november 2008 nåede sagen atter til højesteret, der endnu engang skulle tage stilling til, om myndigheder og domstole havde fundet den rette balance mellem hemmeligholdelsen af følsomme efterretninger og tunesernes ret til prøvelse af grundlaget for deres frihedsberøvelse. Under behandlingen i by- og landsret havde Politiets Efterretningstjeneste denne gang bl.a. fremlagt

oplysninger baseret på overvågning og anden efterforskning, og de to personer havde haft adgang til at kommentere på de fremlagte oplysninger. Det tilfredsstillende (ikke overraskende) såvel byret som landsret, der (fortsat) ikke kunne se noget problem i, at de to personer blev frihedsberøvet. Enhver anden konklusion havde da også været mærkværdig al den stund, at begge instanser jo havde været villige til at tillade frihedsberøvelse på baggrund af stort set *ingen* oplysninger.

En enstemmig højesteret fandt, at der forelå de fornødne oplysninger til at acceptere sikkerhedsvurderingen – og den deraf følgende frihedsberøvelse – af den ene af de to personer, da der i denne sag ifølge højesteret forelå et tilstrækkeligt faktuel grundlag for at konkludere, at sikkerhedsvurderingen var velbegrundet, ligesom personen havde haft ”fornøden adgang til kontradiktion.”<sup>174</sup> Det samme gjorde sig imidlertid ikke gældende i den anden sag, hvor højesteret ikke mente, at der ”i fornødent omfang” havde været ”mulighed for kontradiktion og for at foretage en prøvelse af det faktuelle grundlag for afgørelsen” af, om personen udgjorde en fare for statens sikkerhed.<sup>175</sup> I denne sag konkluderede Højesteret derfor også, at byretten og landsretten ikke skulle have taget myndighedernes påstand om frihedsberøvelse til følge. Som en konsekvens af sagen ændrede Folketinget som vi skal se om lidt i april 2009 udlændingeloven, og introducerede en ”særlig advokatordning” efter britisk forbillede.<sup>176</sup>

Det er som berørt ikke kun i Danmark, at vores lovgiver har haft problemer med at finde den rette balance mellem hensynet til beskyttelsen af følsomme efterretninger og mistænkte terroristers ret til prøvelse af indgreb i deres frihed. Også i Storbritannien har lovgiver fået kritik for at lægge for meget vægt på hemmelige oplysninger. Som berørt i kapitel 3 introducerede den britiske lovgiver i kølvandet på angrebene den 11. september 2001 en ny antiterrorlovgivning, der bl.a. hjemlede tidsubestemt frihedsberøvelse af udlændinge, der var mistænkt for terrorisme, men som ikke kunne udsendes af Storbritannien. Loven åbnede i den forbindelse op for, at myndighederne – ligesom i Danmark – var berettiget til at tilbageholde følsomme oplysninger af relevans for sikkerhedsvurderingen for den person, som sagen vedrørte. I

modsætning til den danske terrorkpakke foreskrev loven imidlertid, at de hemmeligholdte oplysninger skulle præsenteres for en særlig advokat ("special advocate"), som personen fik udpeget til at repræsentere sig. Denne særlige advokat var imidlertid afskåret fra at diskutere indholdet af det hemmeligholdte materiale med sin "klient" og måtte i stedet forsøge at indrette sit forsvar af denne ud fra en forventning om, hvordan klienten ville forholde sig, *hvis* han eller hun kendte oplysningerne.

Den særlige advokatorordning blev indført i Storbritannien efter den ovennævnte afgørelse i *Chahal* (den som byretten og landsretten skulle have læst), hvor Menneskerettighedsdomstolen som berørt konkluderede, at de britiske myndigheder ikke kunne frihedsberøve en person, der udgjorde en fare for statens sikkerhed uden, at udlændingen blev gjort bekendt med og havde haft lejlighed til at kommentere på de oplysninger, der lå til grund for sikkerhedsvurderingen. Menneskerettighedsdomstolen indikerede nemlig i *Chahal*, at staterne kunne forsøge at håndtere dilemmaet mellem hemmeligholdelse af følsomme oplysninger og acceptabel prøvelse ved at gøre brug af forskellige alternativer.<sup>177</sup> Ordningen med de særlige advokater var et forsøg på at skabe et sådant alternativ.

I december 2004 konkluderede den britiske House of Lords i *Belmarsh*, at den del af den britiske antiterrorlovgivning, der hjemlede tidsubestemt frihedsberøvelse af udlændinge, der var mistænkt for terrorisme, men som ikke kunne udsendes af Storbritannien, var uforenelig med Storbritanniens forpligtelser i henhold til Den Europæiske Menneskerettighedskonvention.<sup>178</sup> Som en konsekvens heraf vedtog den britiske lovgiver i foråret 2005 som berørt i kapitel 3 derfor en ny antiterrorlov, der bemyndigede den britiske regering til at pålægge mistænkte terrorister en lang række kontrolforanstaltninger – såkaldte "control orders" – der skal forhindre, at personerne involverer sig i terrorisme. Disse kontrolforanstaltninger skal med andre ord afløse de tidsubestemte tilbageholdelser. Ordningen med særlige advokater blev imidlertid videreført i den nye lovgivning, og den blev anvendt i den næsten identiske procedure, der lå til grund for en beslutning om at pålægge en person kontrolforanstaltninger.<sup>179</sup>

Ved en afgørelse i februar 2009 konkluderede Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol imidlertid, at den britiske ordning med særlige advokater (også) var uforenelig med retten til prøvelse.<sup>180</sup> Domstolen – der kun tog stilling til ordningen i den oprindelige lovgivning – vendte tommelfingeren nedad med den begrundelse, at det er ”essential”, at en person gives adgang til så mange oplysninger som muligt uden, at statens eller andre personers sikkerhed kompromitteres. Og når det ikke er muligt at sikre personen indsigt i alle sagens oplysninger, må staten finde en alternativ måde at sikre, at personen bevarer en *effektiv* mulighed for imødegå myndighedernes påstande.<sup>181</sup> Domstolen noterede sig, at ordningen med en særlig advokat ganske vist kan spille en vigtig rolle, men at advokaten kun kan udfylde sin funktion på en meningsfuld måde, hvis klienten er i besiddelse af de oplysninger om påstandene mod denne, der er tilstrækkelige til at kunne give sine instruktioner til advokaten. Domstolen bemærkede i den forbindelse følgende:

“... where the evidence was to a large extent disclosed and the open material played the predominant role in the determination, it could not be said that the applicant was denied an opportunity effectively to challenge the reasonableness of the Secretary of State's belief and suspicions about him. In other cases, even where all or most of the underlying evidence remained undisclosed, if the allegations contained in the open material were sufficiently specific, it should have been possible for the applicant to provide his representatives and the special advocate with information with which to refute them, if such information existed, without his having to know the detail or sources of the evidence which formed the basis of the allegations.”<sup>182</sup>

Menneskerettighedsdomstolen konkluderer med andre ord, at en beslutning om at frihedsberøve en person – uanset om man har en ordning med særlige advokater eller ej – ikke udelukkende eller ”to a decisive degree” må være baseret på oplysninger, der hemmeligholdes for personen.<sup>183</sup>

House of Lords konkluderede efter denne afgørelse, at den britiske lovgiver var nødt til at ændre de eksisterende processuelle regler, der på samme måde som den oprindelige lovgivning jo gav myndighederne mulighed for at basere en beslutning om at pålægge en person kontrolforanstaltninger på oplysninger, der i det hele kunne hemmeligholdes for personen og alene præsenteres for en særlig advokat.<sup>184</sup> De nye danske regler i udlændingeloven,

der introducerer en særlig advokatordning i Danmark, er blevet udarbejdet efter Menneskerettighedsdomstolens afgørelse, og det forudsættes i lovforslaget, at ordningen administreres i overensstemmelse med praksis fra Menneskerettighedsdomstolen. Hvorvidt det kommer til at holde stik får vi at se i løbet af vinteren 2010/2011.

De problemer, som den danske og britiske regering har haft med at forene hensynet til anvendelsen af følsomme efterretninger med hensynet til borgernes ret til prøvelse, er imidlertid intet at regne, når de sammenlignes med de vanskeligheder, som den amerikanske regering har haft. Den amerikanske højesteret har således ved flere lejligheder været nødsaget til at trække en streg i sandet og gøre den amerikanske regering opmærksom på, at dens vægring ved at give mistænkte terrorister en basal prøvelse af grundlaget for deres frihedsberøvelser ikke er forenelig med de retsstatsprincipper, som den amerikanske forfatning er baseret på.

Som berørt i kapitel 3 har den amerikanske regering i årevis tilbageholdt et stort antal personer på såvel den amerikanske militærbase på Guantanamo, Cuba, som på amerikansk territorium. De mange personer blev tilbageholdt med påstået hjemmel i krigens regler, der under en væbnet konflikt tillader en stat at tilbageholde medlemmer af fjendens kombattanter indtil konfliktens ophør. Den amerikanske regering nægtede fra starten, at den var forpligtet til at give de tilbageholdte personer en prøvelse ved en uafhængig instans af, om deres tilbageholdelse som kombattanter var berettiget eller ej. I sommeren 2004 konkluderede den amerikanske højesteret imidlertid i *Rasul* og *Hamdi*, at alle de tilbageholdte personer *var* berettiget til en prøvelse af grundlaget for deres tilbageholdelse. I en sag vedrørende en af de tilbageholdte amerikanske statsborgere, der var tilbageholdt på amerikansk territorium, udtalte den amerikanske højesteret i *Hamdi*, at retsstatens "due process" princip kræver, at en tilbageholdt amerikansk statsborger gives en meningsfuld mulighed for at imødegå det faktuelle grundlag for hans tilbageholdelse ved en "neutral decisionmaker".<sup>185</sup> En af de samstemmende dommere henviste i sin begrundelse til Magna Carta fra 1215, der "on the baron's insistence, confined executive power by 'the law of the law'".<sup>186</sup>

Den amerikanske regering oprettede herefter et særligt tribunal, der skulle give de frihedsberøvede personer på Guantanamo den fornødne prøvelse af grundlaget for deres frihedsberøvelse.<sup>187</sup> Det nye tribunal opererede efter meget særlige regler, der bl.a. gjorde det muligt for den amerikanske regering at lægge vægt på oplysninger, der ikke blev delt med den frihedsberøvede person. I sommeren 2008 konkluderede den amerikanske højesteret derfor også i *Boumediene*, at omfanget af prøvelsen ved det nye tribunal ikke var tilstrækkelig til at overholde forfatningens krav til "due process".<sup>188</sup> Og atter henviste Højesteretten – denne gang Dommer Kennedy – til Magna Carta som et klart bevis på retsstatens respekt for borgernes ret til prøvelse af indgreb i deres frihed.<sup>189</sup> Fangerne på Guantanamo har siden sommeren 2008 haft ret til prøvelse ved de almindelige amerikanske domstole, hvor der opereres med særlige regler, der gør det muligt for regeringen at hemmeligholde kilden til – men ikke substansen i – de oplysninger, der ligger til grund for en beslutning om at opretholde frihedsberøvelsen.<sup>190</sup>

### *Due process og udlevering*

Et andet forhold af relevans for retsstatens beskyttelse af borgernes retlige frihed og antiterrorlovgivningens er værd at nævne, selvom det strengt taget ikke (endnu i hvert fald) vedrører antiterrorisme, som man i hvert fald traditionelt må forstå dette begreb. Som led i den første terrorkpakke åbnede Folketinget nemlig op for, at det skal være lettere at udlevere danske statsborgere til retsforfølgning i andre stater. Den direkte anledning var vedtagelsen af EU's arrestordre, der skulle gøre udleveringsprocessen smidigere EU-landene i mellem, men det er siden da også blevet lettere at udlevere danske statsborgere til stater uden for EU. I 2009 blev den danske statsborger Camilla Broe således under stor mediebevågenhed udleveret til USA på baggrund af en tiltale for narkotikaforbrydelser<sup>191</sup>, og i efteråret 2010 skulle de danske domstole også tage stilling til, om den danske statsborger Niels Holck skulle udleveres til retsforfølgning i Indien.<sup>192</sup> Udvidelsen af rammerne for udlevering er blevet kritiseret af bl.a. Professor ved Copenhagen Business School Vagn Greve, der mener, at de nye regler strider mod retsstatens princip om, at processen for retsforfølgning af borgerne skal stemme "med ret og



rimelighed”.<sup>193</sup> Greve har i den forbindelse udtalt sig stærkt kritisk over for eventuel udlevering til især USA, som han anser for at have det ”mest barbariske retssystem” i den vestlige verden.<sup>194</sup>

Hvorvidt Greves påstand er korrekt eller ej, skal vi ikke gøre os kloge på her. Her er det nok at bemærke, at retsstatens betoning af retlig frihed, som berørt flere gange, fordrer, at borgere får en ordentlig prøvelse af grundlaget for et indgreb i deres basale friheder såsom idømmelse af frihedsstraf for forbrydelser. Hvorvidt det så i praksis er tilfældet vil afhænge af en konkret vurdering af den forventede prøvelse. For så vidt angår de to omtalte sager er dog svært ikke at hæfte sig ved deres udfald al den stund, at hverken Camilla Broe eller Niels Holck endte med at blive retsforfulgt for deres påståede forbrydelser i henholdsvis USA og Indien. Straffesagen mod Camilla Broe blev afvist af en amerikansk domstol, mens byretten ikke mente, at Niels Holck kunne udleveres til Indien.

### **Udfordrer antiterrorlovgivningen retsstatens principper om personlig frihed?**

Retsstaten og dens principper om politisk frihed er som berørt baseret på den grundlæggende antagelse, at borgerne har ret til at bestemme over sig selv og derfor også kan udforme *indholdet* af deres lovgivning, som de ønsker. Den eneste undtagelse hertil er, at retsstaten insisterer på, at majoriteten respekterer en kerne af helt grundlæggende friheder for de af borgerne, der ikke ønsker at udforme deres tilværelse som majoriteten. Retsstaten tillader med andre ord ikke majoriteten alting, og ikke al afvejning af frihed og sikkerhed er mulig. De friheder, som majoriteten skal respektere, er individets personlige integritet og frihed fra indgreb i individets politiske overbevisning, samvittighed og religion. Retsstaten tillader derfor heller ikke, at borgerne udsættes for fysiske overgreb i form af eksempelvis tortur eller anden fysisk krænkende behandling eller at borgerne underlægges begrænsninger i deres politiske, samvittighedsbaserede eller religiøse valg.

Den danske terrorlovgivning er som udgangspunkt udformet med respekt for borgernes personlige frihed, og vores lovgiver har hverken tilladt brugen af torturlignende afhøringsmetoder mod mistænkte terrorister eller

forbudt dele af befolkningen at have den politiske, samvittighedsmæssige eller religiøse samvittighed, som de ønsker. Det er vigtigt at slå fast.

Det er imidlertid lige så vigtigt at understrege, at der altid ligger en udfordring i at sikre, at majoriteten også i en mere generel forstand respekterer minoriteten, og der ligger især en udfordring i at sikre, at majoriteten ikke i en krisesituation (bevidst eller ubevidst) lader minoriteterne bære alle byrderne i form af restriktioner og indgreb i deres frihed. Når indgreb i friheden rammer alle borgere i samfundet lige hårdt – såsom indgrebene i vores frihed i lufthavnene – så vil der være en ret god chance for, at de også er nødvendige, for flertallet gider ikke finde sig i indgreb, som de ikke kan se formålet med. Men det samme gør sig ikke nødvendigvis gældende, hvis indgrebene kun rammer minoriteter. For andres frihed er nu engang aldrig lige så vigtig som ens egen. Som Professor på Harvard University Cass Sunstein skriver:

When restrictions apply to all or most, it is reasonable to think that political safeguards provide a strong check on unjustified government action. If the burden of restriction is widely shared, it is unlikely to be acceptable unless most people are convinced that there is a good reason for it; and for genuinely burdensome restrictions, people will not be easily convinced unless a good reason is apparent or provided. But if the restriction is imposed on an identifiable subgroup, the political check is weakened. Liberty-reducing intrusions can be imposed even if they are difficult to justify. These are the circumstances in which political checks are unlikely to provide an adequate safeguard against unjustified ... intrusions on liberty.<sup>195</sup>

Flertallet vil med andre ord være mere tilbøjeligt til at tolerere indgreb i friheden, hvis det ikke er deres egen frihed, der bliver gjort indgreb i. Vi giver ordet til Sunstein igen:

People are likely to ask, with some seriousness, whether those restrictions are in fact justified if the result is burdensome consequences on them. But if other people face the relevant burdens, then the mere fact of “risk”, and the mere presence of fear, will seem to provide a justification.

Risikoen for, at majoriteten lader minoriteten bære alle de negative konsekvenser af den politik, som de gennemfører, forstærkes, hvis minoriteten ikke er særlig godt repræsenteret i det politiske system og den forstærkes endnu mere, hvis minoriteten ikke bare tilhører en politisk minoritet, men også i fysisk fremtræden

skiller sig ud fra flertallet.<sup>196</sup> Det er derfor også oplagt, at der ligger en konstant udfordring i at sikre, at vi ikke uberettiget kommer til at lade minoriteterne i vores samfund bære alle konsekvenserne af de indgreb i friheden, som flertallet iværksætter for at beskytte samfundet mod terrorisme, og vi bør som udgangspunkt altid være skeptiske over for de antiterroriltag, der af den ene eller anden grund alene retter sig mod minoriteter, såsom muslimer. Det er naturligvis i praksis en meget vanskelig balancegang, fordi vores myndigheder i deres antiterrorisme jo i høj grad er nødt til at fokusere på de samfundsgrupper, som man mistænker for at rumme potentielle terrorister, og islamisk inspireret terrorisme nødvendiggør nu engang en vis fokusering på muslimske miljøer. Med denne fokusering kan der hurtig opstå en (berettiget eller uberettiget) opfattelse i muslimske kredse af, at det kun er "dem", der må acceptere indgreb i deres sikkerhed – ikke os andre i majoriteten. Men det er ikke desto mindre en balance, der er uhyre vigtig at holde.

Der er mange amerikanske kritikere af antiterrorismen, der ikke mener, at USA er i stand til at opretholde den rette balance, og at antiterrorindsatsen er diskriminerende over for visse grupper i de vestlige samfund, såsom asylansøgere, visse grupper af muslimer osv. Professor ved Georgetown University David Cole har bl.a. udtalt følgende:

When a democratic society strikes the balance between liberty and security in ways that impose the costs of security measures equally on all, one might be relatively confident that the political process will achieve a balance. Since September 11, we have repeatedly done precisely the opposite, sacrificing the rights of a minority group – noncitizens, and especially Arab and muslim noncitizens – in the name of the majority's security interests.<sup>197</sup>

Ifølge Cole handler det derfor heller ikke om alles frihed og alles sikkerhed, men derimod om, at vi sikrer "our security" på bekostning af "their liberty".<sup>198</sup>

David Cole går utvivlsomt for langt, når han påstår, at det *alene* handler om "vores" sikkerhed og "deres" frihed. I Danmark var det i hvert fald danske statsborgere (endda med danskklingende navne), der blev dømt for at yde støtte til terrorisme i Fighters & Lovers-sagen<sup>199</sup>, og som netop berørt, så er antiterrorlovgivningens udvidede muligheder for at udlevere danske statsborgere

foreløbig blevet brugt til at udlevere en kvinde, der hedder Camilla, til USA og at undersøge mulighederne for udlevering af en mand, der hedder Niels, til Indien.

Det betyder imidlertid ikke, at vores antiterrorlovgivninger i de vestlige stater ikke kan ende med at diskriminere, og en af de ting, der kendetegner de sager om mistænkte terroristers adgang til prøvelse af grundlaget for indgreb i deres frihed, der blev redegjort for i forrige afsnit, er da også, at de alle vedrørte *udenlandske* mistænkte terroristers adgang til prøvelse. Både Tunesersagen og House of Lords afgørelse i *Belmarsh* vedrørte således frihedsberøvelse i henhold til udlændingeretlige regler, og den amerikanske højesterets afgørelser vedrørende Guantanamo i *Rasul* og *Boumediene* omhandlede alle ikke-amerikanske statsborgere. Den amerikanske højesteretsafgørelse i *Hamdi* – der vedrørte en amerikansk statsborger, der blev tilbageholdt som en fjendtlig kombattant på amerikansk territorium – omhandlede ganske vist ikke en udlænding, men sagen er alligevel relevant i denne sammenhæng, fordi den netop blev behandlet separat fra Guantanamo-sagerne, fordi der var almindelig enighed om, at det forhold, at den tilbageholdte person dels var tilbageholdt på amerikansk territorium og dels var amerikansk statsborger, adskilte den fra sagerne vedrørende Guantanamo. Eksemplerne illustrerer herved også, at antiterrorismen i høj grad også udfordrer retsstatens princip om lige adgang til beskyttelse mod indgreb i fundamentale friheder.

Et af problemerne på dette område er, at flere stater som illustreret i gennemgangen i kapitel 1 og 2 i stor udstrækning har gjort brug af deres udlændingeretlige regler i deres bestræbelser på at forebygge terrorisme. Og det er som udgangspunkt også legitimt nok al den stund, at udlændinge – i modsætning til statsborgere – jo ikke kun er underlagt statens almindelige lovgivning, men også de udlændingeretlige regler, der åbner op for eksempelvis frihedsberøvelse ved deportation. En udenlandsk mistænkt terrorist kan altså ikke kun frihedsberøves i Danmark i henhold retsplejelovens regler, hvis han skal retsforfølges, men også efter udlændingeloven, hvis han skal deporteres. I Tunesersagen blev de to tunesiske statsborgere frihedsberøvet, fordi de danske myndighederne ville deportere dem, og grundlaget for frihedsberøvelsen lå derfor i

udlændingeloven. Og fordi *det* var begrundelsen, så var deres frihedsberøvelse ikke diskriminerende.

House of Lords afgørelse i *Belmarsh* illustrerer imidlertid, hvor fin balancen er mellem acceptabel og diskriminerende frihedsberøvelse af mistænkte udenlandske terrorister, der frihedsberøves i henhold til udlændingeretlige regler. *Belmarsh* vedrørte ganske vist ikke spørgsmålet om omfanget af prøvelse af frihedsberøvelse (som i Tunesersagen), men derimod *om* de mistænkte terrorister i det hele taget kunne frihedsberøves, men den illustrerer de vanskeligheder, der kan være ved at skelne mellem acceptabel og diskriminerende behandling af mistænkte terrorister med forskelligt statsborgerskab.

Som nævnt flere gange konkluderede House of Lords i afgørelsen, at den britiske antiterrorlovgivning, der i henhold til udlændingeretlige regler tillod frihedsberøvelse af udlændinge, der udgjorde en fare for statens sikkerhed, selvom disse udlændinge ikke kunne deporteres, ikke var forenelig med Den Europæiske Menneskerettighedskonvention. Den britiske regering havde valgt at fravige sine forpligtelser i henhold til konventionen, fordi den godt var klar over, at den tidsubestemte frihedsberøvelse af de udenlandske personer var svær at forene med konventionens beskyttelse af retten til frihed. Konventionen tillader frihedsberøvelse af udlændinge, som staten har udsigt til at kunne udsende, men den britiske lovgivning gav jo netop også adgang til at frihedsberøve de personer, der *ikke* kunne udsendes. House of Lords konkluderede imidlertid i *Belmarsh*, at loven fortsat var i strid med konventionen, fordi den diskriminerede mellem udenlandske og britiske personer, der var mistænkt for at udgøre en fare for statens sikkerhed, og konventionen tillader ikke diskrimination. Loven var diskriminerende, fordi den kun tillod frihedsberøvelse af *udenlandske* statsborgere, der var mistænkt for at udgøre en fare for statens sikkerhed, og ikke britiske statsborgere, og det selvom britiske statsborgere meget vel kunne udgøre den samme trussel mod det britiske samfund. Som en af dommerne bemærkede:

What cannot be justified here is the decision to detain one group of suspected international terrorists, defined by nationality or immigration status, and not another.<sup>200</sup>

Det var altså *ikke* afgørende i sagen, at de udenlandske statsborgere ikke havde den samme ret til at opholde sig i Storbritannien som britiske statsborgere, for den *virkelige* årsag til, at de blev frihedsberøvet var ikke, at de var udenlandske borgere, der skulle deporteres (for det kunne de jo ikke blive), men derimod, at de udgjorde en fare for statens sikkerhed. Derfor var deres statsborgerskab også uden betydning for, om de måtte frihedsberøves eller ej. Det, der er lige, skal behandles lige, og to personer, der er mistænkt for at udgøre en fare for statens sikkerhed og som af den ene eller anden grund ikke kan deporteres, er lige, og skal behandles lige.

Som en konsekvens af de retlige smæk i *Belmarsh* valgte den britiske regering som nævnt tidligere at droppe de tidsubestemte frihedsberøvelser og i stedet at åbne op for kontrolforanstaltninger – der ikke er et lige så skrappt indgreb i en persons frihed som frihedsberøvelse – af såvel britiske som udenlandske personer, der anses for at udgøre en fare for statens sikkerhed. Den britiske regering kunne selvfølgelig have løst diskriminationsproblemet ved at vedtage en lov, der også åbnede op for tidsubestemt frihedsberøvelse af *britiske* statsborgere, der udgjorde en fare for statens sikkerhed, for så ville det lige jo være blevet behandlet lige. Og det skulle man da umiddelbart også tro ville have været det mest naturlige skridt at tage al den stund, at den britiske regering havde argumenteret for, at frihedsberøvelsen af de udenlandske mistænkte terrorister var nødvendig for at beskytte samfundet. Men det valgte den altså ikke at gøre. Tidsubestemt frihedsberøvelse af *udenlandske* statsborgere kunne man gå med til, men ikke tidsubestemt frihedsberøvelse af *britiske* statsborgere. Det taler vist for sig selv.

Tuneserloven er som nævnt ikke diskriminerende, da de to tunesere som berørt blev frihedsberøvet med henblik på at blive udsendt af Danmark. Det ville være noget andet, hvis de blev frihedsberøvet efter de udlændingeretlige regler på et tidspunkt, hvor det stod klart for de danske myndigheder, at de ikke kunne udsendes af Danmark. Så ville frihedsberøvelsen formentlig være diskriminerende. Mere tvivlsomt er det imidlertid, om de stramninger af udlændingeloven, som Folketinget gennemførte i 2009, også overholder forbuddet mod diskrimination. Som berørt i kapitel 1 var stramningerne – der blev

gennemført efter regeringens nederlag i Højesteret i Tunesersagen – begrundet i et ønske om at stramme kontrolforanstaltningerne over for udlændinge, som er administrativt udvist, og ”som uønsket opholder sig her i landet, fordi de ikke udrejser frivilligt og ikke kan udsendes tvangsmæssigt af hensyn til overholdelse af Danmarks internationale forpligtelser.”<sup>201</sup> Lovændringen banede bl.a. vejen for, at udlændinge på tålt ophold – såsom de to tunesere i Tunesersagen – pålægges daglig meldepligt hos politiet<sup>202</sup>, ligesom det blev indskærpet, at de af udlændingene, der pålægges at tage ophold i Center Sandholm som udgangspunkt skal overnatte i centret.<sup>203</sup>

Hvis melde/ og opholdspligten *alene* pålægges en udlænding på tålt ophold for at lette myndighedernes muligheder for at kunne effektuere en deportation af udlændingen, hvis dette på et tidspunkt bliver muligt, er den ikke diskriminerende, da udenlandske statsborgere jo i modsætning til danske statsborgere kan deporteres. Men hvis melde/ opholdspligten pålægges af *andre grunde*, såsom ud fra et ønske om at imødegå en eventuel fare mod statens sikkerhed, som en udlænding på tålt ophold måtte udgøre, vil der umiddelbart være tale om usaglig forskelsbehandling og dermed diskrimination. For i så fald pålægges udlændingen jo ikke kun kontrolforanstaltningen for at lette mulighederne for at kunne gennemføre en eventuel deportation, men fordi udlændingen udgør en fare for statens sikkerhed, og i den henseende er udlændingen jo at sammenligne med en dansk statsborger, der måtte udgøre den samme fare for statens sikkerhed. Og så skal de have den samme behandling. Som House of Lords konkluderede i *Belmarsh*, så er det udtryk for usaglig forskelsbehandling, hvis to personer, der begge udgør en fare for statens sikkerhed, og som af den ene eller anden årsag ikke kan udsendes, ikke behandles på samme måde.

Den britiske antiterrorlovgivning er som nævnt udformet på den måde, at den udtrykkeligt åbner op for, at både britiske og ikke-britiske statsborgere kan pålægges særlige kontrolforanstaltninger for at imødegå trusler mod statens sikkerhed, og dersom melde/ og opholdspligten i udlændingeloven reelt har til formål at imødegå en fare mod statens sikkerhed (og ikke blot at lette mulighederne for deportation), vil de i praksis være at sammenligne med de

britiske kontrolforanstaltninger, og de bør i så fald også suppleres af lovgivning, der åbner op for tilsvarende kontrolforanstaltninger mod danske statsborgere, der udgør en tilsvarende fare for statens sikkerhed.

Det interessante spørgsmål er derfor også, hvilke hensyn der lå til grund for ændringerne af udlændingeloven i 2009. Pålægges udlændinge på tålt ophold skærpede foranstaltninger ud fra et (sagligt) ønske om at lette mulighederne for at deportere dem eller ud fra et (usagligt) ønske om at imødegå en fare mod statens sikkerhed? Ordlyden af de nye bestemmelser i udlændingeloven indikerer umiddelbart, at foranstaltningerne i hvert fald officielt skyldes et ønske om at lette deportation al den stund, at det i en af relevante bestemmelser fremgår, at udlændinge på tålt ophold pålægges at "give møde hos politiet på nærmere angivne tidspunkter med henblik på løbende at sikre, at politiet har kendskab til udlændingens opholdssted".<sup>204</sup> Politiet skal med andre ord vide, hvor udlændingene befinder sig henne, så de nemt kan få fat i dem, hvis det skulle blive muligt at gennemføre en deportation. Altså et sagligt hensyn.

Hvis man læser lovens forarbejder er det imidlertid nemt at komme i tvivl om, hvorvidt det mindre saglige hensyn til forebyggelse af terrorisme slet ingen rolle spiller. For selvom der også i forarbejderne henvises til et ønske om, at politiet "har kendskab til udlændingenes opholdssted"<sup>205</sup> med henblik på at kunne effektuere en deportation, hvis muligheden måtte opstå, henvises der nemlig også mange steder til et ønske om at bekæmpe terrorisme. Ja, forarbejderne indledes faktisk med at nævne, at regeringen "har taget flere initiativer for at sikre, at dansk lovgivning er tilstrækkelig for at sikre en effektiv indsats mod terrorisme", og at den finder, at "der er behov for en markant opstramning af kontrolforanstaltningerne over for udlændinge, som er administrativt udvist, fordi de må anses for en fare for statens sikkerhed ...".<sup>206</sup> Og da der senere skal redegøres for lovforslagets forhold til Danmarks internationale forpligtelser, står der, at forslagene "varetager hensynet til den nationale sikkerhed og den offentlige orden".<sup>207</sup> Sådanne vendinger indikerer selvfølgelig, at formålet med at pålægge udlænding på tålt ophold kontrolforanstaltninger i hvert fald ikke kun er at gøre det nemt for politiet at få fat på dem, hvis deportation skulle blive mulig, men også at holde udlændingene



under opsyn for at modvirke, at de involverer sig i terrorisme. Og det er som berørt et problematisk hensyn, da der ikke findes tilsvarende regler, der pålægger danske statsborgere, der er mistænkt for at udgøre en lignende fare for statens sikkerhed, tilsvarende foranstaltninger.

Opbygningen af lovens forarbejder er i det hele taget ganske interessant. Der gøres nemlig indledningsvis en stor dyd ud af at forklare, at der er et behov for at pålægge udlændinge på tålt ophold, der udgør en fare for statens sikkerhed, skærpede foranstaltninger, og det oplyses, at regeringen da også har igangsat en undersøgelse af mulighederne for opstramning af foranstaltningerne over for netop denne gruppe udlændinge. Fokus er altså på denne gruppe udlændinge. Umiddelbart herefter står der imidlertid også i forarbejderne, at regeringen "samtidig" har besluttet at stramningerne af kontrolforanstaltningerne ikke kun skal omfatte de udlændinge på tålt ophold, der udgør en fare for statens sikkerhed, men alle udlændinge på tålt ophold, og dermed også udlændinge, der *ikke* udgør en fare for statens sikkerhed.<sup>208</sup>

Man behøver ikke at være særlig konspiratorisk anlagt for at sidde tilbage med det indtryk, at forarbejderne ikke fortæller hele historien om motiverne bag stramningerne. En mulig (konspiratorisk, indrømmet) udlægning er, at regeringen efter nederlaget i Tunesersagen har ønsket at skærpe foranstaltningerne over for de udlændinge, der – som tuneserne – anses for at udgøre en fare for statens sikkerhed, men samtidig har været opmærksom på, at det ville være diskriminerende, hvis man kun indførte foranstaltninger, der rettede sig mod udenlandske statsborgere, og ikke danske statsborgere, der måtte udgøre en tilsvarende fare. Man har så haft to muligheder for at undgå dette 'diskriminationsproblem'. Den ene – og umiddelbart mest naturlige – var at gøre som i Storbritannien efter *Belmarsh* og lave lovgivning, der åbnede op for kontrolforanstaltninger mod *både* udlændinge og nationale statsborgere. Hvis man gjorde det, ville det selvfølgelig være helt legitimt at lade foranstaltningerne være båret af et hensyn til statens sikkerhed.

Det var imidlertid ikke den løsning, som regeringen valgte. Hvis konspirationen holder vand (og det gør de jo ikke altid), så valgte regeringen nemlig i stedet at lade det fremstå som om, at kontrolforanstaltningerne slet ikke

handlede om at forebygge trusler mod statens sikkerhed, men blot om at fremme mulighederne for at gennemføre en deportation, hvis det blev muligt. Men for at gøre det, så var man nødt til at udstrække ordningen til ikke bare at omfatte de udlændinge, der er på tålt ophold og som udgør en fare for statens sikkerhed, men *alle* udlændinge på tålt ophold. Og hvis det er en rigtig udlægning, så er det derfor heller ikke for meget sagt, at regeringen har ladet de udlændinge på tålt ophold, der ikke udgør en fare for statens sikkerhed, betale prisen for, at man ikke ønskede at lave en lovgivning, der åbner op for kontrolforanstaltninger mod danske statsborgere.

En sidste ting vedrører de skærpede kontrolforanstaltninger mod udlændinge på tålt ophold skal med. For at være lovlige så skal kontrolforanstaltningerne nemlig være proportionale med det hensyn, som de har til formål at opfylde.<sup>209</sup> En proportionalitetsvurdering vil selvsagt altid være konkret, men det er ikke desto mindre umiddelbart svært at se, hvorfor det er nødvendigt at pålægge en udlænding at overnatte på et asylcenter hver nat for at sikre sig, at politiet nemt kan få fat på vedkommende, hvis det pludselig (mod forventning) skulle være muligt at kunne gennemføre en deportation. Og det er jo kun det hensyn, som foranstaltningerne skal tilgodese, ikke...?

Et kig over Atlanten illustrerer i øvrigt, at den amerikanske regering formentlig ville blive dømt for diskrimination, hvis dets beslutning om at retsforfølge mistænkte terrorister for særlige militærkommissioner landede på bordet foran House of Lords. Kommissionernes processuelle regler yder nemlig (fortsat) ikke de tiltalte en lige så god rettergangsbeskyttelse som de almindelige amerikanske domstole, og det er kun ikke-amerikanske statsborgere, der kan blive retsforfulgt ved en militærkommission. Amerikanske statsborgere, der meget vel kan have begået lignende handlinger, derimod, har krav på en rettergang ved en almindelig amerikansk domstol. Det er svært at se, hvorfor nationalitet skal spille en afgørende rolle for, om en mistænkt terrorist får en mere eller mindre retfærdig rettergang. De mistænkte terrorister retsforfølges jo ikke, fordi de ikke er amerikanske statsborgere, men derimod fordi de er mistænkte for at have begået terrorisme. Igen, det lige skal behandles lige, og to personer, der er

mistænkt for at have begået de samme forbrydelser, skal i hvert fald som udgangspunkt retsforfølges efter de samme regler.

Den amerikanske regerings sondring mellem amerikanske og udenlandske statsborgere illustrerer i øvrigt, at der på mange punkter ikke er international enighed om, hvornår det er legitimt at sondre mellem statsborgere og udlændinge. Problemstillingen er ganske kompliceret, og den skal ikke forfølges på dette sted, hvor det rækker at bemærke, at der meget groft sagt (med betoning af ”meget”) er to opfattelser. Den ene – som er udbredt i bl.a. USA – er, at en person sagtens kan være underlagt en stats lovgivning uden at være beskyttet af alle statens processuelle garantier. Her får staten med andre ord det bedste af begge verdener. Den anden opfattelse er, at en stats ret til at lovgive er betinget af, at en person så også er beskyttet af statens processuelle garantier. Så hvis staten vil have lov til at straffe, må den med andre ord også beskytte. Noget for noget. I vores del af verden er det den sidstnævnte opfattelse, der er den fremherskende, hvilket i praksis betyder, at retsstatens krav om beskyttelse mod indgreb i fundamentale friheder beskytter alle borgere og ikke kun *statsborgere*. Som Ignatieff skriver, så kræver retsstaten både ”invariance and equality, both unchanging standards of due process and equal ones for all persons.”<sup>210</sup>

### **Udfordrer antiterrorlovgivningen retsstatens principper om magtadskillelse?**

Det sidste element i det retsstatsbegreb, som vi kender i den vestlige verden, er de principper, der skal sørge for, at statens magt ikke er koncentreret det samme sted, men derimod er fordelt på forskelle statslige institutioner. Denne magtadskillelse er baseret på en antagelse om, at statens muligheder for at udvikle tyranniske tendenser er mindre, når dets beføjelser er fordelt på forskellige og indbyrdes uafhængige magter. I Danmark er statens magt således fordelt på en lovgivende magt, der er placeret i Folketinget, en udøvende magt, der er placeret hos regeringen og en dømmende magt, der er lagt hos domstolene.

Antiterrorismen udfordrer magtadskillelsen på flere måder. For det første, fordi der er en naturlig tendens til, at det er den udøvende magt, der går forrest, når samfundet skal forsvares mod en trussel mod dets sikkerhed. Det er nemlig den udøvende magt, der i form af først og fremmest politi og

efterretningstjenester, vil være den, der har de bedste forudsætninger for at vurdere truslen alvor og hvorledes, den bedst bekæmpes. Dertil kommer, at den udøvende magt er bedre til at handle hurtigt og effektivt mod en trussel end de to andre magter. Lovgivning og retssagsbehandling tager tid og kræver megen proces – det gør udøvelse af rå magt ikke.

Den moderne antiterrorisme og dets betoning af forebyggelse udfordrer også magtadskillelæsen yderligere, fordi forebyggelsen, som berørt flere gange, i høj grad er baseret på efterretninger, som ofte ikke vil kunne offentliggøres uden, at efterretningens kilder eller metoder kompromitteres. Det betyder, at der er en naturlig tendens til, at den udøvende magt værner endnu mere om dens kendskab til truslen og den måde, hvorpå denne trussel bedst bekæmpes end den i forvejen vil være tilbøjelig til at gøre.

Problemstillingen illustreres af Tunesersagen, hvor Højesteret, som tidligere berørt, konkluderede, at frihedsberøvelse af en udlænding på baggrund af hemmelige beviser ikke var lovlig. Højesteret berørte ikke lovens forenelighed med magtadskillelæsen, men det forekommer nærliggende at konkludere, at loven også forbrød sig mod princippet om, at det i en retsstat er den dømmende – og ikke den udøvende – magt, der afgør, om der er grundlag for at frihedsberøve borgerne. Magtadskillelæsen skal således i høj grad værne om den dømmende magts beføjelser til at prøve indgreb i borgernes fundamentale frihed.

Det kan til illustration bemærkes, at en tilsvarende problemstilling har været behandlet i den amerikanske højesteret. Som det vil være velkendt for de fleste, herskede der under præsident Bushs otteårige præsidentperiode i Det Hvide Hus en magtkamp mellem præsidenten, kongressen og de amerikanske domstole om, hvem der var beføjet til at udstikke de overordnede retningslinjer i de amerikanske bestræbelser på at bekæmpe truslen fra den internationale terrorisme.<sup>211</sup> Den amerikanske præsident gjorde konsekvent gældende, at hans beføjelser som den udøvende magt var uindskrænkede, og at hverken kongressen som den lovgivende magt eller de amerikanske domstole som den dømmende magt kunne lægge begrænsninger på den måde, som han bekæmpede terrorismen på. Præsidenten afviste derfor bl.a., at han var bundet af lovgivning fra kongressen eller af folkeretlige forpligtelser såsom Geneve-konventionerne fra

1949, ligesom han forsøgte at undgå, at domstolene kunne kigge ham over skulderen. Det Hvide Hus baserede denne – mildest talt – kontroversielle påstand på, at terrorbekæmpelsen havde karakter af en krig, og at ingen kan begrænse præsidentens beføjelser til som øverstkommanderende for de amerikanske væbnede styrker at føre denne krig, som han ville.<sup>212</sup>

Den amerikanske højesteret afviste imidlertid ved flere lejligheder, at præsidentens magt skulle være uindskrænket, og i *Boumediene* slog den i sommeren 2008 en gang for alle fast, at det er den dømmende – og ikke den udøvende – magt, der i en retsstat bestemmer, om folk skal frihedsberøves eller ej.<sup>213</sup> I afgørelsen skriver Dommer Kennedy bl.a., at det var de amerikanske forfatningsfædres ”inherent distrust of governmental power”, der var “the driving force behind the constitutional plan that allocated powers among three independent branches.” For som han skriver:

This design serves not only to make Government accountable but also to secure individual liberty.<sup>214</sup>

Det hører med til historien, at den amerikanske højesteret i *Boumediene* først og fremmest skulle tage stilling til, om en frihedsberøvet person havde adgang til prøvelse, ikke – som den danske i Tunesersagen – omfanget af denne prøvelse. Den danske regering har aldrig betvivlet, at det er de danske domstole, der tager stilling til frihedsberøvelse. Det ændrer imidlertid ikke ved, at den danske konstruktion i Tuneserloven efter alt at dømme stadig var i strid med magtadskillelærelsen al den stund, at omfanget af prøvelsen af grundlaget for frihedsberøvelse ved de danske domstole jo i praksis var ikke-eksisterende, fordi loven åbnede op for, at integrationsministeren kan tilbageholde begrundelsen for frihedsberøvelsen. Loven forsøgte med andre ord at gøre det muligt for den udøvende magt at frihedsberøve folk uden at give domstolene mulighed for at prøve grundlaget for denne beslutning. Og det svarer jo i praksis til, at det er den udøvende – og ikke den dømmende magt – der beslutter, om der foreligger det fornødne grundlag for at frihedsberøve en person. Og den går ikke i en retsstat.

## Kapitel 6. Domstolenes rolle

*“The real test of this independence comes in situations of terrorism. The significance of our accountability becomes clear in these situations, when public opinion is likely to be unanimous. Precisely in these times, we judges must hold fast to fundamental principles and values; we must embrace our supreme responsibility to protect democracy and the constitution.”<sup>215</sup>*

### Indledning

Når staten føler sig truet og forsøger at forsvare nationen mod trusler mod dets sikkerhed, befinder domstolene sig ofte i en meget vanskelig situation. Flertallet af borgerne vil samle sig om den udøvende magt og ofte være villig til at lade staten gå ganske langt for at beskytte samfundet og borgernes sikkerhed. Det lægger pres på domstolene, fordi vores retsstat jo først og fremmest er baseret på, at borgerne – konkret manifesteret ved deres politikere – selv kan bestemme indholdet af de begrænsninger, som de vil lægge på sig selv. Så udgangspunktet vil være, at borgerne kan gøre, hvad de vil. Domstolene er imidlertid, i kraft af deres særlige kendskab til loven, også opmærksomme på de grænser, som retsstaten sætter for statens magtudøvelse og på, at de som den dømmende magt, er blevet tillagt en ganske særlig plads i demokratiet. Det er i sidste ende domstolene, der skal beskytte de borgere, der føler sig tyranniseret af flertallet, når bølgerne går højt og meget står på spil. Spørgsmålet er derfor, hvilke krav, som retsstaten stiller til vores domstole, når staten – som den gør i øjeblikket – tager lovgivningsmæssige initiativer til at forsvare samfundet mod en trussel mod dets sikkerhed, og i den anledning undertiden begrænser folks frihed.

Diskussionen om domstolenes rolle i krisetider er ikke ny, og det er faktisk et af de mest omdiskuterede spørgsmål hver gang, der opstår en krise. Det kan derfor heller ikke overraske, at spørgsmålet – som så meget andet – er blevet aktualiseret med vedtagelsen af den megen antiterrorlovgivning efter den 11. september 2001. For i hvor høj grad – om nogen – skal domstolene tage stilling til lovligheden af denne lovgivning? I hvor høj grad – om nogen – skal domstolene vige pladsen for den udøvende magt? Det skal på dette indledende stadium understreges, at problemstillingen er kompliceret og ofte danner baggrund for meget teoretiske diskussioner.<sup>216</sup> Her rækker det at redegøre for det mest centrale

i den del af problemstillingen, der vedrører spørgsmålet om, hvorvidt domstolene bør underkaste sager, der vedrører trusler mod statens sikkerhed, en lige så intens prøvelse, som de gør i andre sager eller om de i stedet bør anlægge en mere tilbageholdende stil, der giver staten et større råderum til at håndtere den aktuelle trussel.

### **Domstolene bør ikke udvise tilbageholdenhed i deres judicielle prøvelse**

Det lader til at være den almindelige opfattelse i den juridiske litteratur, at domstolene traditionelt er meget tilbageholdende med at prøve den udøvende magt beslutninger, når denne agerer for at forsvare nationen mod en trussel mod dets sikkerhed.<sup>217</sup> Denne opfattelse er bl.a. baseret på en række historiske eksempler fra USA og Storbritannien, herunder først og fremmest den amerikanske højesterets berømte blåstempling af den amerikanske regerings beslutning om at internere over hundrede tusinde amerikanske borgere med japanske rødder på den amerikanske vestkyst under Anden Verdenskrig i *Korematsu*<sup>218</sup> og House of Lords' nærmest lige så berømte godkendelse af den britiske regerings beføjelser til at frihedsberøve borgere under Anden Verdenskrig i *Liverside*.<sup>219</sup> Men mens de fleste jurister (inklusiv denne) er af den opfattelse, at de historiske erfaringer illustrerer, at domstolene ofte mangler det fornødne mod til at stå imod presset fra den udøvende magt, når bølgerne går højt, og at historiebøgerne derfor er nedtrykkende læsning, er visse konservative amerikanske jurister anderledes tilfredse med den tilbageholdenhed, som domstolene angiveligt historisk har udvist. Ifølge disse jurister *bør* domstolene nemlig være tilbageholdende, når staten handler for at forsvare nationen. Som Eric A. Posner og Adrian Vermeule skriver, så er "the historical baseline of great deference during emergencies ... the right level of deference."<sup>220</sup>

Posner og Vermeule begrundet deres entusiasme for judiciel tilbageholdenhed med, at domstolene som det helt klare udgangspunkt mangler de fornødne forudsætninger for at vurdere, om statens beslutninger og afvejning af frihed og sikkerhed i spørgsmål om statens sikkerhed giver større eller mindre mening. Faktisk, skriver de, er den udøvende magt *bedre* end den lovgivende og den dømmende magt til at finde den rette balance mellem frihed og sikkerhed i

krisesituationer.<sup>221</sup> Årsagen hertil er den simple, at den udøvende magt er i besiddelse af den nødvendige viden om truslen og dens omfang og, i modsætning til den dømmende magt, i stand til at agere med den hemmelighed, fart, og fleksibilitet, som det kræver at forsvare nationen mod trusler mod dens sikkerhed.<sup>222</sup> Posner og Vermeule bakkes op af Posners far – Richard A. Posner – der også fremhæver, at det jo er den udøvende – og ikke dømmende – magt, der råder over alle de specialister, der ved, hvordan man skal gribe forsvaret af nationen an.<sup>223</sup> I krisesituationer skal dommere derfor ganske enkelt ”get out of the government’s way.”<sup>224</sup>

Posner og Vermeule gør en stor dyd ud af at imødegå den traditionelle antagelse om, at domstolsprøvelse i krisesituationer er nødvendig, fordi politikerne går i panik og derfor gennemfører flere indgreb i borgernes frihed end nødvendigt<sup>225</sup> eller udnytter krisesituationen til at undertrykke minoriteter i samfundet.<sup>226</sup> Ifølge disse antagelser skulle domstolsprøvelse sikre samfundets borgere mod både politisk overreaktion og tyranniske tendenser. Ifølge Posner og Vermeule er antagelserne imidlertid i højere grad baseret på overdreven mistillid til staten end på empirisk grundlag. Og selv hvis de to antagelser mod forventning skulle vise sig at være rigtige, så er der ikke nogen grund til at tro, at domstolene ville være i stand til at afhjælpe situationen al den stund, at de ville mangle forudsætningerne for at skelne mellem de ”sunde” politiske beslutninger og de ”usunde”. Som de skriver:

... the judges know that executive action may rest on irrational assumptions, or bad motivations, or may otherwise be misguided. But this knowledge is useless to judges, because they cannot sort good executive action from bad, and they know that the delay produced by judicial review is costly in itself. In emergencies, the judges have no sensible alternative but to defer heavily to executive action, and the judges know this. <sup>227</sup>

Posner og Vermeule er også skeptiske over for en anden af de antagelser, der ofte genfindes i argumenter for, at domstolene ikke skal udvise tilbageholdenhed over for den udøvende magt. Det drejer sig om antagelsen om, at indgreb i friheden under krisesituationer har langsigtede skadevirkninger i den forstand, at de enten breder sig som ringe i vandet og fører til indgreb også på andre områder eller får lov til at overleve krisen og dermed ender med at blive permanente.<sup>228</sup>



Her skal domstolsprøvelsen sikre, at indgrebene begrænses til det absolut nødvendige og fjernes, så snart behovet er væk. Ifølge Posner og Vermeule savner også denne antagelse imidlertid empirisk grundlag<sup>229</sup> og selv hvis de er rigtige, så konkluderer de endnu engang, at domstolene ikke vil kunne afhjælpe problemet, fordi disse er ude af stand til at skelne mellem de indgreb, der enten har spredt sig unødigt eller ikke længere er nødvendige og de indgreb, der er nødvendige.<sup>230</sup>

Mere end noget andet bunder Posner og Vermeules modstand mod domstolsprøvelse i krisesituationer altså på en vurdering af henholdsvis den udøvende og den dømmende magts praktiske evne til at iværksætte de tiltag, der er mest fornuftige for at forsvare nationen og fordi der ikke er nogen grund til at tro, at den dømmende magt er bedre egnet end den udøvende, så er der heller ikke nogen grund til at insistere på, at domstolene skal have nogen synderlig adgang til at prøve de beslutninger, som den udøvende magt træffer i krisesituationer. Tværtimod.

Det skal indledningsvis erkendes, at det er meget muligt, at Posner og Vermeule kan have ret i, at der er en generel tendens i den juridiske litteratur til at overdrive frykten for, at den udøvende magt overdriver en trussel mod statens sikkerhed eller udnytter en krisesituation til at undertrykke minoriteter.<sup>231</sup> I hvert fald forekommer dele af kritikken af antiterrorismen ofte baseret på uverificerede konspirationsteorier om, hvordan vores politikere angiveligt skulle stræbe efter at opretholde en stemning af frygt i samfundet for at kunne gennemføre en masse kontroversiel politik. Det er heller ikke sikkert, at lovmæssige indgreb har det med at sprede sig eller blive permanente.<sup>232</sup> Men det er heller ikke afgørende, om Posner og Vermeule har ret i disse påstande eller ej, for domstolenes mulighed for at prøve de indgreb i borgernes frihed, som staten foretager, handler nemlig ikke kun om, hvorvidt staten handler i god eller ond tro.

Det handler først og fremmest om, at retsstaten er skeptisk over for at lade de samme personer, der er ansvarlige for vores sikkerhed, vurdere, hvornår sikkerhed må vige for borgernes frihed. Denne skepsis er ikke kun baseret på, at den udøvende magt skulle være hysterisk eller ond, men også, at der er en risiko for, at nok så velmenende myndigheder kan komme til at prioritere sikkerheden for højt i forhold til friheden, når det er dem, der vil blive bebrejdet, hvis der er

noget, der går galt. Cass Sunstein kritiserer da også Posner og Vermeules tilgang, som han betegner "National Security Maximalism":

National Security Maximalism neglects the fact that under many circumstances the executive branch is most unlikely to strike the right balance between liberty and security. A primary task of the President is to keep the citizenry safe, and any error on that count is likely to produce extremely high political sanctions. For this reason, the President has a strong incentive to take precautions even if they are excessive and even unconstitutional. Internal deliberations within the executive branch are more likely than not to aggravate the problem, leading not to sensible checks and balances, but to a tendency toward a degree of extremism.<sup>233</sup>

Det er med andre ord naivt at tro, at myndighederne vil være i stand til at finde den rette balance i disse sager om terrorisme. Dertil er den politiske pris ved at tage fejl simpelthen for stor og det politiske incitament til at prioritere sikkerhed for højt ganske enkelt for stort.

Den retlige prøvelse ved domstolene er under alle omstændigheder vigtig, fordi den tvinger myndighederne til at tænke sig om en ekstra gang, inden de foretager et indgreb. Som Ignatieff skriver

While injustice can always be justified if you have to justify it only to yourself, it is less easy when you have to justify it to other democratic institutions, like courts ... Thus presidents or prime ministers may not see anything wrong in a stringent measure, but if they know that this measure will have to get by the courts ... they may think twice.<sup>234</sup>

På et mere overordnet plan handler det også om, at vi som borgere skal have tiltro til, at der er nogen, der sørger for, at staten opretholder den rette balance mellem vores frihed og statens sikkerhed. Vi skal kunne se, at staten ikke bare kan gøre, som den ønsker.

I dette bidrag giver det under alle omstændigheder sig selv, at domstolene i en retsstat ikke skal udvise tilbageholdenhed over for at efterprøve de indgreb i borgernes frihed, som staten foretager. For man kan ikke både på den ene side mene, at retsstaten beskytter borgernes retlige frihed og indeholder et krav om, at borgerne altid har ret til prøvelse af grundlaget for de indgreb, der gøres i deres frihed og på den anden side argumentere for, at domstolene nogle gange skal være tilbageholdende med at efterprøve indgreb i borgernes frihed. Hvis borgerne har ret til prøvelse, så kommer vi ikke uden om, at domstolene skal

kunne prøve indgreb i borgernes frihed. De to ting kan ikke skilles ad og den måde, hvorpå vi som jurister forholder os til spørgsmålet om domstolenes rolle i krisetider, afslører derfor også, hvordan vi opfatter indholdet af retsstatsbegrebet. Dem, der – som Posner og Vermeule – mener, at domstolene skal være tilbageholdende må derfor i sagens natur også mene, at retsstaten ikke altid beskytter borgernes retlige frihed og stiller krav om retlig prøvelse af indgreb i friheden. Det er selvfølgelig helt legitimt at have den opfattelse, men det er imidlertid påstanden i dette bidrag, at den savner historisk støtte al den stund, at den ikke tager tilstrækkelig højde for, at det altoverskyggende formål med retsstaten jo fra starten netop var at beskytte borgerne mod statens indgreb i dets rettigheder. Som berørt er vores retsstatsbegreb baseret på liberalismen, og den er nu engang mere end noget andet baseret på en mistro mod staten og dennes evne til at finde den rette balance mellem dets mangeartede hensyn og vores frihed som borgere.

### **Prøvelse i terrorsager**

Der er gode grunde til at mene, at det *især* er i krisetider, at der er særlig behov for, at domstolene ikke udviser tilbageholdenhed i deres prøvelse af indgreb i vores frihed. For det er jo ofte netop i de tider, at presset på borgernes frihed vil være allerstørst, og hvor behovet for uafhængig prøvelse derfor også er størst. Det er netop på de tidspunkter, hvor staten kan føle sig presset til at gribe ind i borgernes rettigheder for at forsvare nationen, at der er grund til at frygte, at staten ikke finder den rette balance mellem frihed og sikkerhed. Det er med andre ord, når risikoen er allerstørst for, at majoriteten træffer beslutninger, der griber uretmæssigt ind i minoritetens frihed, at der er behov for, at majoriteten holdes i ørene. Det er derfor også vanskeligt at være uenig med den amerikanske professor på Yale University Harold Hongju Koh, der har bemærket følgende om tiden efter den 11. september:

In the days since, I have been struck by how many Americans – and how many lawyers – seem to have concluded that, somehow, the destruction of four planes and three buildings has taken us back to a state of nature in which there are no laws or rules. In fact, over the years, we have developed an elaborate system of domestic and international laws, institutions, regimes, and

decision-making procedures precisely so that they will be consulted and obeyed, not ignored, at a time like this.<sup>235</sup>

Hvilken værdi har vores retsstat, hvis den ikke beskytter os, når der er allermest behov for det?<sup>236</sup>

Gennemgangen i forrige afsnit indledtes med den generelle observation, at det imidlertid tilsyneladende *er* den almindelige antagelse, at den historiske erfaring viser, at domstolene desværre udviser tilbageholdenhed over for staten i krisesituationer. Noget kunne derfor også tyde på, at det ikke er realistisk – som her – at insistere på, at domstolene står ved deres ansvar og gør statens indgreb til genstand for en ordentlig prøvelse. Som Cass Sunstein bemærker: "... judges will simply not protect liberty with the same aggressiveness when a country faces a serious threat".<sup>237</sup>

Det historiske billede er imidlertid heldigvis ikke helt så dystert, som det ofte udlægges, og hvis man retter blikket mod andre stater end dem, som man sædvanligvis fokuserer på, så vil man kunne se, at eksempelvis Israel har bekæmpet terrorisme i årtier uden at de israelske domstole af den grund har følt noget behov for at udvise nogen synderlig tilbageholdenhed over for at efterprøve lovligheden af de antiterroriltag, som den israelske stat har iværksat. Det er i den forbindelse værd at hæfte sig ved, at vejen til de israelske domstole er meget åben for de israelske borgere, og at domstolene i Israel kun meget sjældent vil undlade at realitetsbehandle en sag, hvor en borger klager over, at dets fundamentale rettigheder er blevet krænket af den israelske stat. De israelske domstole har derfor naturligt nok gjort sig en masse erfaringer om, hvilken rolle domstolene bør spille i bekæmpelsen af terrorisme.

Hvis man skal tro den israelske højesteretspræsident Aharon Barak, så udviser de israelske domstole *ingen* tilbageholdenhed over for at efterprøve lovligheden af de indgreb i borgernes frihed, som den israelske stat, ofte de israelske sikkerhedsstyrker, foretager som led i bekæmpelsen af terrorisme. Ingen. Ja, Barak giver endda udtryk for, at prøvelsesintensiteten ved domstolene er *særlig* høj i sager, der angår terrorbekæmpelse, hvor der er et særligt pres på domstolenes uafhængighed. For som han skriver:

The real test of this independence comes in situations of terrorism. The significance of our accountability becomes clear in these situations, when public opinion is likely to be unanimous. Precisely in these times, we judges must hold fast to fundamental principles and values; we must embrace our supreme responsibility to protect democracy and the constitution.<sup>238</sup>

For som han kort og godt bemærker: "We need laws most in times of terror".<sup>239</sup> I en israelsk højesteretsafgørelse noterede han sig i den forbindelse bl.a.:

When the cannons speak, the Muses are silent. But even when the cannons speak, the military commander must uphold the law. The power of society to stand up against its enemies is based on its recognition that it is fighting for values that deserve protection. The rule of law is one of these values.<sup>240</sup>

Enhver, der kigger lidt nærmere på den israelske højesteretspraksis, efterlades da også med det indtryk, at højesteretten i hvert fald til dels har fulgt de store ord op med handling i den forstand, at de i årenes løb har prøvet lovligheden af en masse antiterroriltag og ved flere lejligheder har sat en stopper for dem, som de ikke fandt var forenelige med en retsstat.<sup>241</sup> Blandt de mere berømte eksempler var afgørelsen i 1994, hvor højesteret satte en stopper for sikkerhedsstyrkernes brug af afhøringsmetoder, hvor der blev benyttet forskellige former for tvang.<sup>242</sup> Erfaringerne fra den demokratiske stat i verden, der har mest erfaring med at bekæmpe terrorisme, viser altså, at det *er* muligt for domstole at foretage en ofte meget intens prøvelse af lovligheden af de indgreb i friheden, som staten foretager. Også når staten forsøger at bekæmpe en trussel fra international terrorisme.

Praksis fra Israel viser altså, at det ikke er nogen naturlov, at domstolene ikke skulle kunne være i stand til at sikre en *effektiv* prøvelse af myndighedernes indgreb i borgernes rettigheder. Ordet "effektiv" er i kursiv, for vi må insistere på, at prøvelsen – når den foretages – er reel. Professor David Dyzenhaus fra University of Toronto beskriver, hvor skadeligt det er for retsstaten, når domstolene blot lader som om, at de efterprøve statens indgreb i borgernes frihed, men reelt er tilbageholdende og vælger at afstå fra at foretage en ordentlig prøvelse. Domstolene bryder sig af forståelige årsager ikke om tanken om, at de ikke skulle kunne efterprøve lovligheden af alle indgreb i borgernes frihed, som staten foretager for at forsvare nationen mod en terrortrussel. Problemet er imidlertid, at domstolene (i hvert fald i de lande, som Dyzenhaus

undersøger) når det kommer til stykket ofte er meget tilbageholdende med at foretage en reel og effektiv prøvelse i sådanne sager og derfor i praksis blot ender med at blåstemple det indgreb, som staten foretager. Domstolenes insisteren på at blive inddraget handler altså ifølge Dyzenhaus mere om, at de vil inddrages for at føle sig betydningsfulde end om, at de ønsker at prøve lovligheden af statens indgreb. Som Dyzenhaus meget kontant beskriver det:

Thus it seems that while the judges are prepared to go to the wall to protect some role for themselves ... all that they really care about is that they have a role, not its substance. They turn out to be sheep in rule-of-law clothing.<sup>243</sup>

Når domstolene på denne måde blåstempler statens indgreb, så har de skabt det, som Dyzenhaus betegner som et "gråt hul", der er karakteriseret ved at være ligeså retstomt, som et "sort hul", men alligevel er forskellig fra det sorte hul ved, at det har fået et skær af legitimitet. Et "gråt hul" opstår:

... when a tribunal is put in place to police decisions about security, but its procedures make it look like a rubber stamp for executive decisions than a forum in which the executive claims are properly tested ... the legislature seeks to create a hole that is grey rather than black, one in which there is a facade or form of the rule of law rather than any substantive protections.<sup>244</sup>

Det farlige ved sådanne "grå huller" er, at de kan vise sig at være mere farlige for retsstaten end de sorte, hvor domstolene slet ikke har adgang. For så snart domstolene har godkendt et indgreb, så har de også sendt det signal til os andre, at indgrebet er foreneligt med retsstaten og dermed også givet det et skær af legitimitet. Men i virkeligheden har domstolene jo ikke underkastet indgrebet den udførlige prøvelse, der ville kunne afklare, om det *var* foreneligt med retsstaten eller ej, men i stedet blot fungerer som et gummistempel for staten, der har fået det bedste af begge verdener. Staten har *både* fået lov til at handle, som den lyster, *og* fået rettens ord for, at dens handlinger er lovlige. Som Dyzenhaus skriver:

... grey holes cause more harm to the rule of law than black holes ... It is in substance a legal black hole but worse because the procedural rights available to the detainee cloak the lack of substance ... A little bit of legality can be more lethal to the rule of law than none.<sup>245</sup>

Dyzenhaus' pointe illustreres, hvis vi kort vender blikket tilbage på Tunesersagen og det forløb, der kulminerede, da Højesteret i sommeren 2008 krævede, at de danske myndigheder skulle uddybe, hvorfor Politiets Efterretningstjeneste mente, at de to tunesere udgjorde en fare for statens sikkerhed og derfor burde frihedsberøves. Det interessante her er ikke Højesterets afgørelse, for den opretholder jo netop respekten for retsstaten, men i stedet at såvel byret som landsret sagde god for frihedsberøvelsen af de to tunesere, selvom de ikke havde adgang til at se de oplysninger, som frihedsberøvelserne var baseret på.

Vi ved ikke præcis, hvorfor hverken byretsdommeren eller de tre landsdommere mente, at de ikke skulle efterprøve myndigheders beslutning, men det er nærliggende at tro, at dommerne følte sig pressede og valgte at stole på, at myndighederne handlede i god tro og ikke ville frihedsberøve tuneserne, hvis de ikke selv var sikre på, at det fornødne grundlag var til stede. Især byretten må have været under et betydeligt tidspres, og som Mark Tushnet bemærker, så er det ofte den form for tillid til myndighederne, der reelt ligger til grund for domstolenes beslutning om at udvise tilbageholdenhed over for de indgreb i borgernes frihed, som staten foretager, når den forsvarer nationen.<sup>246</sup> Det ændrer imidlertid ikke på, at domstolene ikke mente, at personer havde krav på en ordentlig prøvelse *ved domstolene*, og byretten og landsrettens afgørelser afslører derfor også, at dommerne – som Posner og Vermeule – ikke mener, at retsstaten altid giver personer krav på en sådan prøvelse af statens indgreb i fundamentale friheder. For hvis de havde ment det, så havde de jo været nødt til at insistere på at foretage den nødvendige prøvelse *selv*.

Som allerede nævnt, er det påstanden i dette bidrag, at en sådan opfattelse ikke harmonerer med det retsstatsbegreb, som vi normalt bekender os til i vores samfund. Og som læseren sikkert allerede har regnet ud, så skabte byretten og landsretten med deres afgørelser i realiteten et "gråt hul", og de gav herved myndighederne alt det, som de kunne ønske sig. Både mulighed for at frihedsberøve tuneserne uden at behøve at begrunde det og domstolenes ord for, at det var lovligt.

Den vigtigste pointe på dette sted er imidlertid – og det er frem for alt, dét, som læseren skal tage med sig fra dette kapitel – at især byretsdommeren og

til dels de tre landsdommere befandt sig i en meget vanskelig situation, og det er selvfølgelig her, at antiterrorismen udfordrer domstolene. For hvis by- og landsret ville opretholde en reel respekt for retsstaten (og det ville de jo nok gerne have gjort), så var der reelt kun to løsninger, hvoraf ingen var særlig tillokkende. De kunne enten (som Højesteret) nægte at godkende frihedsberøvelsen, og dermed ikke bare gøre sig grundigt upopulær i Folketinget, men også komplicere arbejdet for de myndigheder, der har til opgave at beskytte vores samfund mod terrorisme. Eller også kunne de have nægtet at tage stilling til sagen under de foreliggende omstændigheder. Det ville selvfølgelig i praksis have været noget nær umuligt, men det ville ikke desto mindre have bevirket, at frihedsberøvelsen af de to tunesere ikke fik det uheldige skær af legitimitet, som det havde indtil sagen nåede Højesteret.<sup>247</sup>

Pointen er altså, at forløbet i Tunesersagen på glimrende vis illustrerer, at domstolene kan komme under et voldsomt pres fra staten, der ønsker rettens hjælp til at forsvare vores samfund mod truslen fra terrorisme, og det kan være overordentlig vanskeligt for domstolene at stå imod dette pres og insistere på en anden balance mellem frihed og sikkerhed end den, som myndighederne mener, er den rigtige. Som Aharon Barak skriver, så er beskyttelsen af individets rettigheder "a much more formidable duty in times of terrorism than in times of peace and security."<sup>248</sup>

Men pointen må også være, at domstolene er nødt til at modstå dette pres for – med risiko for at gentage mig selv – så er domstolene nu engang vores vigtigste værn mod uretmæssighed fra den stat, der undertiden griber ind i vores frihed. Vi må insistere på, at vores domstole ikke udviser tilbageholdenhed, når de skal efterprøve de indgreb i vores frihed, som de foretager for at beskytte vores samfund mod terror. Myndighederne vil ofte slå ud med armene og påstå, at hensynet til den følsomme karakter af beviserne desværre ikke gør en effektiv prøvelse mulighed. Men den går ikke i en retsstat. Og her er det endnu engang på sin plads at give ordet til Barak, der så får det sidste ord i dette kapitel:

... the executive will often argue that "security considerations" let to a government action, and request that the court be satisfied with this argument. Such a request should not be granted. "Security considerations" are not magic



words. The court must insist on learning the specific security considerations that prompted the government's actions. The court must also be persuaded that these considerations actually motivated the government's actions and were not merely pretextual. Finally, the court must be convinced that the security measures adopted were the available measures least damaging to human rights.<sup>249</sup>

## Kapitel 7. Konklusion – og fremtiden

*“The challenge is not to beat and stop terrorism. The trick is to do it in a way most consistent with the values of a democratic society.”<sup>250</sup>*

### Antiterrorlovgivningens pres på retsstaten

Vi har i dette bidrag set, at det danske folketing har iværksat en lang række lovgivningsmæssige antiterroriltag, hvoraf de væsentligste er de to terrorpakker fra henholdsvis 2002 og 2006. Som led i denne antiterrorlovgivning har regeringen først og fremmest styrket det strafferetlige værn mod terrorisme og gjort det lettere for myndighederne at registrere, overvåge og gribe ind i danske borgeres meddelelseshemmelighed. Det har også iværksat en række initiativer for at forhindre finansiering af terrorisme, gøre udlevering af mistænkte kriminelle lettere og for at gøre det nemmere for vores udlændingemyndigheder at nægte at give opholdstilladelse til personer, der anses for at udgøre en fare for sikkerheden i vores samfund. Hvad enten de mange antiterroriltag har haft sin rod i vores internationale forpligtelser – hvad mange af dem har – eller i politiske initiativer på Christiansborg, så har de det fælles træk, at de stort set alle sammen er blevet iværksat for at forbedre forebyggelsen af terrorisme. For at forstå baggrunden for den megen antiterrorlovgivning er vi altså også nødt til at forstå, at vores tilgang til terrorbekæmpelse i dag er fundamentalt anderledes, end den var inden efteråret 2001. Vi er gået fra afskrækkelse til forebyggelse. Og det er først og fremmest *derfor*, at vores retsstat er blevet udfordret siden efteråret 2001.

Den danske antiterrorlovgivning viser imidlertid ikke kun, at vi er gået fra afskrækkelse til forebyggelse, men også, at vores politikere efter den 11. september har følt det nødvendigt at skruer op for sikkerheden i vores samfund på bekostning af friheden. Der er ikke altid et modsætningsforhold mellem frihed og sikkerhed, men de mest effektive antiterroriltag er nu engang ofte dem, der på den ene eller anden måde begrænser friheden for borgerne i samfundet. Og vores politikere *har* iværksat mange initiativer, der begrænser friheden, og vi skal derfor også være skeptiske over for de af dem, der påstår, at de kan give os mere sikkerhed mod terrorisme uden at begrænse vores frihed. Sådan et løfte er nemlig vanskeligt at overholde.

Vi har også set, at vores antiterrorlovgivning utvivlsomt udfordrer vores retsstat. Der ligger en konstant udfordring i at sikre, at antiterrorlovgivningen ikke kolliderer med retsstatens betoning af politisk, retlig og personlig frihed, og at antiterrorismen ikke truer adskillelsen af den lovgivende, udøvende og dømmende magt. Det hører imidlertid også med til historien om disse udfordringer, at flere af dem ikke er særegne for vores antiterrorlovgivning, men derimod er af mere generel karakter. Det drejer sig først og fremmest om den udfordring, der ligger i, at vores politikere skal respektere lovgivningsprocessen og sørge for, at det lovforberedende arbejde er så omhyggeligt som muligt. Der kan ganske vist være behov for at være *særlig* omhyggelig med love som vores antiterrorlove, men kravene er principielt altid de samme. En anden generel problematik ligger i, at forskellige internationale institutioner kan pålægge Danmark forpligtelser, der binder vores politikere.

Nogle af udfordringerne *er* dog også særegne for vores antiterrorlovgivning. Vores retsstat er først og fremmest blevet udfordret af antiterrorlovene, fordi vores myndigheder heri har fået en række nye værktøjer, der skal gøre det muligt for dem at opfylde det politiske ønske om forebyggelse og øget sikkerhed, der på en række punkter i praksis kan komme til at kolliderer med grundlæggende principper i retsstaten. De åbne formuleringer i de nye bestemmelser i straffeloven, der har til formål at muliggøre en tidligere kriminalisering af terrorrelaterede handler, udfordrer således princippet om, at indholdet af vores lovgivning skal være klar og præcis, så vores myndigheder ikke kan udnytte loven til at retsforfølge os for handlinger, som vores politikere ikke havde til hensigt at kriminalisere, og så vi som borgere kan indrette vores tilværelse i overensstemmelse med loven. Og myndighedernes nye beføjelser til at gøre brug af hemmelige efterretninger i deres bestræbelser på at forebygge terrorisme har også vist sig at udfordre – og undertiden endda direkte krænke – princippet om, at vi har krav på en ordentlig prøvelse ved en uafhængig instans af, om myndighedernes indgreb i vores fundamentale friheder er berettigede. Og havde Højesteret ikke omgjort byretten og landsrettens afgørelse i Tunesersagen, ville Danmark være blevet medlem af den klub af stater, der tillader myndighederne at frihedsberøve folk på baggrund af hemmelige beviser. Og sådan

en klub ønsker vi ikke at være medlem af. Tunesersagen illustrerer i øvrigt også, at vores domstole – og dermed den dømmende magt i magtens tredeling – kan komme til at stå i en vanskelig situation i antiterrorismen, hvor de kan være nødsagede til at sætte en fod i døren og begrænse den lovgivende og den udøvende magts magtbeføjelser. Det er også oplagt, at vores antiterrorindsats udfordrer retsstatens betoning af lighed og respekt for borgernes personlige frihed. Effektiv antiterrorisme kræver nemlig en målrettet indsats mod de grupper i samfundet, der må anses for at rumme de potentielle terrorister, men fordi disse grupper i forvejen er marginaliserede og nyder begrænset politisk indflydelse vil der være en latent risiko for, at det også er disse grupper, der uberettiget ender med at bære antiterrorismens byrder.

En sidste væsentlig udfordring skyldes ikke så meget antiterrorlovgivningen, men mere terrorismen som sådan. Gennemgangen har nemlig vist – til dels i forlængelse af det foregående – at retsstatens principper om magtfordeling udfordres af terrorismen, fordi der altid er en tendens til, at magten koncentrerer hos den udøvende magt, når der er behov for, at samfundet skal imødegå en trussel mod dets sikkerhed. Og denne tendens bliver ikke mindre udtalt af, at en effektiv bekæmpelse af denne trussel, som i tilfældet med terrorismen, i høj grad nødvendiggør indsamlingen og anvendelsen af følsomme oplysninger, der ikke tåler mangfoldiggørelse.

Men selvom vi altså har set, at antiterrorlovgivningen udfordrer vores retsstat, har vi imidlertid også set – og det er en nok så vigtig pointe – at antiterrorlovene – med Tunesersagen som den spektakulære undtagelse – i det store hele harmonerer ganske udmærket med vores retsstat. Det hænger selvfølgelig først og fremmest sammen med, at vi i Danmark (heldigvis) har været forskånet for de samme antiterroriltag, som vi har set iværksat i andre stater, såsom først og fremmest USA men til dels også Storbritannien. De danske myndigheder har således hverken gennemført målrettede angreb mod mistænkte terrorister, holdt disse fanget i årevis uden domstolskontrol eller uden udsigt til løsladelse, udleveret dem til stater i Mellemøsten, der er kendte for at udøve tortur, eller sågar udleveret dem til USA, der så enten selv har forestået torturlignende forhør eller sendt dem videre til stater i Mellemøsten. Vores

lovgiver har heller ikke på noget tidspunkt forsøgt at nægte danske muslimer at dyrke deres religion, og danske politikere har gentagne gange understreget, at der *ikke* kan sættes lighedstegn mellem islam og terrorisme (hvis nogen skulle være i tvivl), men at terrorismen derimod har sin rod i en marginal og fejlagtig fortolkning af islam.

Pointen her er ikke, at vi af den grund skal rejse os og klappe af vores politikere, for de skal vel ikke have ros for ikke at gribe til sådanne metoder, men alene, at vi skal huske proportionerne, og at de lejlighedsvis påstande om, at antiterrorlovgivningen skulle have begravet vores retsstat er svære at nikke genkendende til. Det skal for en god ordens skyld gentages, at jeg i dette bidrag alene forholder mig til vores *antiterrorlovgivning* og ikke den *samlede lovgivning på det retspolitiske område* siden den 11. september. Det er muligt, at der er behov for at være mere kritisk, hvis man ser antiterrorlovgivningen i sammenhæng med sådan anden lovgivning, såsom lømmelpakker, bandepakker osv., men det skal jeg ikke gøre mig klog på. Min eneste påstand er, at antiterrorlovgivningen ikke *i sig selv* kan begrunde, at vi drikker gravøl over retsstatens død. Jeg deltager i hvert fald ikke.

### **Respekt for retsstaten er først og fremmest respekt for proces**

Den overordnede pointe i dette bidrag er, at den største udfordring mod vores retsstat ikke udgår fra *indholdet* af den danske antiterrorlovgivning, men derimod fra manglende respekt for *proces* og *form*. Så vi skal med andre ord ikke være så bange for de frihedsbegrænsninger, som vores politikere skriver ind i en terrorlov (jeg understreger igen, at dette bidrag *ikke* forholder sig til lømmelpakker eller lovforslag om burkaer og anden hovedbeklædning), men snarere være bekymrende over den proces, der får politikerne til at vedtage de love, som de gør, lovens klarhed, og den proces, der fører til, at vi som borgere kan risikere at blive sanktioneret for at overtræde loven. Det, som vi skal være bekymrede for, er mere konkret *kvaliteten af lovgivningsprocessen i Folketinget*, anvendelsen af *upræcise vendinger i love som straffeloven og risikoen for overdreven brug af hemmelige beviser* i anvendelsen af loven. Og af disse er det kun de to sidste (upræcise vendinger i lovene og anvendelse af hemmelige beviser), der skyldes den øgede

forebyggelse og antiterrorlovgivningen som sådan. Den første (manglende kvalitet i lovgivningsprocessen) er en generel bekymring.

Dette er både gode og dårlige nyheder. Det er selvfølgelig dårlige nyheder, fordi der så *er* noget at være bekymrede over. Vi *skal* være bekymrede for, om processen og formen overholdes. Men det er gode nyheder, fordi det trods alt ”kun” er proces og form, og sådanne ting kan forbedres uden, at det politiske indhold ændres. Jeg giver til sidst et forslag til, hvordan vi kunne styrke vores retsstat.

Det er imidlertid værd at understrege, at min påstand om, at vi først og fremmest skal være bekymrede for processen i antiterrorlovgivningen på ingen måde betyder, at vi så bare kan tørre svenden af panden, for vi må *ikke* undervurdere betydningen af proces. Respekt for retsstaten er først og fremmest respekt for proces, og mangel på respekt for proces er mangel på respekt for retsstaten. Med en omskrivning af ejendomsmæglernes berømte refræn om, at de tre vigtigste forhold af betydning for prisen på fast ejendom er ”beliggenhed, beliggenhed og beliggenhed”, er det ikke helt forkert at mene, at de tre vigtigste forhold af betydning for antiterrorismen og dennes forenelig med retsstaten er ”proces, proces og proces”.

De fleste har respekt for, at proces er vigtig ved domstolene, hvor opgaven er at finde ud af, at om en person har begået en given handling og herved overtrådt loven. Her sikrer de processuelle krav nemlig ikke bare den tiltalte mod justitsmord men også, at sagen bliver så godt belyst som muligt, og at domstolene har mulighed for at træffe den bedst mulige afgørelse. Så langt så godt. Men blandt især politikere er der sjældent den samme respekt om proces i den politiske beslutningsproces. Mange politikere er af den opfattelse, at proces som oftest er et unødigt irritationsmoment, der fjerner fokus fra det, som det hele handler om: Politisk indhold.

Men proces er vigtig af især to grunde. For det første sikrer de processuelle regler, at den politiske kamp foregår inden for acceptable og demokratiske rammer, og det er både vigtigt for at sikre, at vores politikere ikke bliver små despoter og for at opretholde tilliden til den førte politik. Når politikerne er tro mod lovgivningsprocessen styrker det legitimiteten af den

politik, der bliver ført, og dermed også dennes efterfølgende gennemslagskraft. Det er især af stor betydning i antiterrorlovgivningen, hvor principperne er store og de følelsesmæssige bølger går højt. Det sidste, vi som samfund har brug for i antiterrordiskussionen, er, at der ikke kun stilles spørgsmålstejn ved indholdet af politikken (det er der jo intet i vejen med), men også om de demokratiske processer er blevet fulgt. Som Michael Ignatieff udtrykker det: "When democrats disagree on substance, they need to agree on process."<sup>251</sup> Proces er herved i sidste ende til gavn for såvel flertallet som mindretallet.

Proces er også vigtig for at sikre, at indholdet af den førte politik bliver så god som mulig. Mange politikere (og det gælder politikere fra begge fløje) har det med at overse, at proces og indhold meget ofte spiller sammen i den forstand, at proces i høj grad har betydning for, hvilket indhold vores politik får. Så hvad enten man tilhører flertallet eller mindretallet er det vigtigt, at vores politikere respekterer den politiske lovgivningsproces. De processuelle krav til lovgivningsprocessen skal bl.a. sikre, at politikerne modtager alle de relevante input af betydning for den påtænkte lovgivning, så indholdet bliver så godt som muligt. Så jo mindre omhyggelig og jo mere lukket lovgivningsprocessen er, jo større er risikoen derfor også for, at det går udover indholdet. Især politik, der udformes af personer, der i forvejen er stort set enige om dets indhold risikerer at lide af indholdsmæssige mangler. For som Cass Sunstein skriver:

One of the most robust findings in modern social science is that after deliberation, like-minded people tend to end up thinking a more extreme version of what they thought before deliberations began. Ordinary processes within the executive branch are all too likely to produce not careful investigation of alternatives, but a heightened version of what executive branch officials believed in advance.<sup>252</sup>

Denne sammenhæng mellem lukkethed i beslutningsprocessen og manglende kvalitet i politikken indhold illustreres af de vanskeligheder, som den foregående amerikanske Bush-regering havde med at få vedtaget lovgivning, som de amerikanske domstole ville acceptere. Det er velkendt, at indholdet af Bush-regeringens antiterrorpolitik var meget kontroversiel, og dette er ikke stedet at starte en debat om det fornuftige i denne. Men hvad enten man var tilhænger af politikken eller ej, så var det et problem, at indholdet ikke var tilstrækkelig godt

til at klare mødet med domstolene. Og det kan aldrig være en kvalitet. Den meget enerådige og lukkede stil i toppen af Bush-regeringen betød, at politikken hverken blev præsenteret for politiske modstandere eller for mange af de politiske tilhængere fra regeringens eget parti, der kunne have nuanceret politikken eller i det mindste tvunget regeringstoppen til at spørge sig selv to gange, om politikken indhold ikke kunne forbedres.<sup>253</sup>

### **Juristers særlige ansvar**

Netop fordi den største trussel fra antiterrorlovgivningen mod vores retsstat udgår fra mangel på respekt for retsstatens krav til proces og form spiller vi, der er jurister en særlig betydningsfuld rolle for vores samfunds bestræbelser på at bekæmpe terrorismen inden for rammerne af retsstaten. For det er jo os, der har et særligt kendskab til de krav til proces og form, som retsstaten opstiller. Men med denne rolle følger også et ansvar for at holde tungen lige i munden og bidrage til, at debatten foregår på de rette præmisser, og det er desværre svært at være uenig med rigsadvokaten i, at dele af kritikken af vores antiterrorlovgivning til tider er skinger, og sågar uunderbygget.<sup>254</sup>

En af de ting, som vi som jurister skal sørge for, er, at vi formår at opretholde sondringen mellem politik og jura, og er bevidste om vores særlige skizofreni, der gør, at vi kan anlægge to forskellige syn – henholdsvis et retlig og et politisk – på samme problemstilling. Vi skal værne om vores skizofreni (det lød ikke så godt, indrømmet) og sørge for, at vi også udadtil formå at opretholde skillelinjen mellem politik og ret – ikke mindst fordi diskussionen om antiterrorisme er så politiseret, som den er. Vi skal frem for alt sørge for, at vi ikke kommer til at pakke eventuelt mere politisk betinget kritik af en given retstilstand ind i retlige argumenter, for hvis der skal være respekt om vores faglige juridiske vurderinger, så skal det være muligt at skelne disse fra løsere politiske overvejelser. Vi skal med andre ord ikke misbruge den opmærksomhed, som vores sagkundskab undertiden giver i det offentlige rum, til at udtale os om andet end jura.

Jurister kunne nogle gange have godt af at huske på, at vores sagkundskab ikke er politik, og at der derfor heller ikke er nogen grund til at tro,



at vi skulle være bedre egnede end folk, der ikke har en juridisk kandidatgrad – de såkaldte ”ikke-jurister” – til at foretage politiske vurderinger. Eksempelvis er spørgsmålet om, hvor meget frihed, vi som samfund bør give afkald på for at beskytte os mod terrorisme, ikke et retligt men derimod et politisk spørgsmål, og vores meninger som jurister om dette spørgsmål skal derfor heller ikke tillægges mere vægt end andre samfundsborgeres mening. På samme måde giver en juridisk embedseksamen – eller sågar et professorat i retsvidenskab – ikke nødvendigvis en person de fornødne kompetencer til at udtale sig med nogen særlig tyngde om komplicerede og principielle ikke-retlige spørgsmål, såsom hvilke antiterroriltag, der er bedst egnede til at forhindre terrorisme i vores samfund, eller hvordan vi bedst fordeler de ressourcer, som vi ønsker at bruge på antiterrorismen.

Pointen her er selvfølgelig ikke, at vi som jurister ikke må have en politisk holdning til vægtige samfundsspørgsmål, såsom antiterrorismen, for vi er jo (trods alt) også borgere i vores samfund. Selvfølgelig må vi have politiske holdninger, og de studerende på vores juridiske uddannelser deponerer ikke deres politiske synspunkter, når de modtager deres juridiske embedseksamen. Dertil kommer, at der naturligvis er organisationer, der enten har et mere eller mindre udtrykkeligt ’politiserende’ retligt mandat eller i det mindste ikke skjuler, at de også har en ’politiserende’ retlig dagsorden. Men vi andre skal tydeliggøre, hvad der er vores retlige og hvad der er vores politiske vurderinger, og passe på, at vi ikke giver omverdenen indtryk af, at vi skulle have en særlig indsigt i, hvordan det *politiske* indhold bør være. Når vi ikke er påpasselige, så gør vi det vanskeligt for omverdenen at vurdere, hvornår vores retlige analyser går hen og bliver til politiske vurderinger, og så skyder vi os selv i foden. For når et retligt argument serveres med et politisk, så svækkes styrken af det retlige.

På samme måde, som vi som jurister skal være åbne om, hvornår vores vurderinger er af retlig og af politisk karakter, så skal vi selvfølgelig også sørge for at være ekstra påpasselige med at påstå, at en retstilstand udgør et brud på retsstaten eller på anden vis er ”på kant med loven” (som det så ofte hedder), hvis der ikke er belæg for at påstå det. Som nævnt i kapitel 4 kan der selvfølgelig være forskellige opfattelser af, hvad der indeholdes i begrebet

'retsstat', men det skulle helst ikke ende med antiterrordebatten, som det gjorde for Peter i "Peter og Ulven" for ingen kan være tjent med, at løsagtige påstande om retsstatens endeligt kommer til at skygge for den seriøse debat om, hvorledes vi løser de udfordringer, som antiterrorismen nu engang stiller til vores retsstat.

Vi skal med andre ord undgå, at det ikke ender med retsstatsbegrebet, som det til dels er sket med begrebet "terrorisme". Politikere og kommentatorer tøver nemlig ikke med at betegne en masse handlinger som terrorisme, selvom handlingerne ligger langt fra det klassiske terrorbegreb. Et eksempel er de politikere, der ofte betegnede angreb på de internationale styrker i Irak eller Afghanistan for terrorisme. Årsagen hertil var selvfølgelig, at politikerne gerne ville signalere afstandtagen til disse angreb, og det kan der jo være gode grunde til. Men problemet er, at vi som samfund til sidst mister evne til at skelne mellem det mindre onde (som måske ikke engang altid er ulovligt) og det virkelig onde, der fortjener vores ultimative fordømmelse. Når vi begynder at anvende det samme begreb for det, der sker, når bevæbnede soldater mister livet i en ildkamp i en militær operation, og det, der sker, når hundreder af børn dræbes på en skole i Beslan, så mister begrebet noget af sin fordømmende styrke.

Den samme skæbne kan overgå retsstatsbegrebet, hvis det anvendes uden, at der er belæg for det. Et eksempel var påstanden i vinteren 2010 fra en enkelt professors skrivebord om, at en sænkning af den kriminelle lavalder i Danmark fra 15 år til 14 år skulle være uforenelig med retsstaten. Det er muligt, at det er gode politiske grunde til, at en sådan sænkning er en dårlig idé (det har jeg ingen holdning til), men at det skulle være uforeneligt med vores retsstat er der ganske enkelt intet belæg for at påstå. Storbritannien har en kriminel lavalder på 10 år, og der er vel ingen, der af den grund seriøst påstår, at Storbritannien så ikke skulle være en retsstat. Ligesom vores politikere skal holde op med at betegne angreb på soldater på internationale operationer som "terrorisme", så skal vi som jurister nøjes med at trække "retsstatskortet", når det er berettiget. Ellers ender det med, at der til sidst ikke er nogen, der tager det alvorligt, når der *sker* reelle og alvorlige brud på vores retsstat, såsom når myndighederne frihedsberøver udlændinge på baggrund af hemmelige beviser.

Endelig er der det med proportionerne. I sommeren 2010 var de særlige logningsbestemmelser, der blev indført ved Terrorpakke II i 2006, genstand for megen diskussion. Bestemmelserne blev indført for at sikre, at oplysninger om borgernes kommunikation ”vil kunne anvendes som led i efterforskning og retsforfølgning af strafbare forhold”<sup>255</sup>, og de pålægger derfor teleselskaber og internetudbydere at registrere og opbevare visse oplysninger om deres kunders kommunikation i op til et år. Reglerne blev til dels indført for at gennemføre et EU direktiv på området, der bl.a. blev vedtaget, fordi ”lagring af data har vist sig at være et ... nødvendigt og effektivt efterforskningsredskab for retshåndhævelsen i flere medlemsstater, herunder navnlig i alvorlige sager som organiseret kriminalitet og terrorisme.”<sup>256</sup> I modsætning til i de danske bestemmelser pålægger EU-direktivet dog kun staterne at opbevare oplysningerne i seks måneder – ikke i et år.<sup>257</sup>

Der er ingen tvivl om, at logningsreglerne udvider statens muligheder for at foretage indgreb i borgernes frihed, og at bestemmelserne derfor også i en vis forstand har gjort os alle en smule mindre frie. Og derfor *skal* vi som nævnt som borgere selvfølgelig diskutere – og i udgangspunktet i hvert fald – forholde os kritisk til reglerne. Så langt så godt. Men det hører også med til historien, at der alene er tale om *registrering af oplysninger om kommunikation* – ikke *overvågning af indhold af kommunikation*. Det er altså med andre ord ikke fordi, at myndighederne kan sidde og lytte med på borgernes telefonsamtaler eller kan gennemlæse vores e-mails. Reglerne åbner alene op for, at myndighederne *efter* en forbrydelse, såsom et terrorangreb, kan bede om en udskrift af den kommunikation, som en mistænkt gerningsmand har foretaget i de seneste 12 måneder. Det hører også med til historien, at myndighederne også *inden* vedtagelsen af logningsbestemmelserne kunne få adgang til i hvert fald oplysninger om borgernes telekommunikation i deres efterforskning af alvorlig kriminalitet. Dengang skete det blot ved, at politiet fik indsigt i borgernes telefonregninger fra teleselskaberne, der jo under alle omstændigheder indeholder sådanne oplysninger. Det nye ved logningsbestemmelserne er altså i realiteten også kun, at der nu er et egentligt lovkrav om lagring, at lagringsperioden er

længere end EU-direktivet kræver, og at lagringspligten også vedrører registrering af visse former for elektronisk kommunikation.

Logningsbestemmelserne er ikke desto mindre blevet kritiseret af flere jurister, og ifølge en professor i retsvidenskab er det at anse som ”et helt uhørt indgreb i vores almindelige privatliv, når man tvinger teleselskaberne til at registrere oplysninger om folk, man overhovedet ikke har mistanke mod”. Retstilstanden er ifølge professoren intet mindre end ”grotesk.”<sup>258</sup> Nu er det selvfølgelig altid subjektivt, hvad man mener er ”grotesk” og ”helt uhørt”, og der kan som berørt også være divergerende udlægningen af retsstatsbegrebet, men berettiger logningsbestemmelserne virkelig til sådan voldsom fordømmelse? Skulle vi ikke reservere så skarpe vendinger til de elementer af antiterrorlovgivningen – såsom Tuneserloven – der udgør egentlige brud på retsstaten?

Kritikken af logningsbestemmelserne illustrerer i øvrigt, hvordan dele af kritikken af antiterrorlovgivningen først og fremmest er politisk – og ikke retlig. Der er nemlig – efter min opfattelse i hvert fald – intet retligt til hinder for, at et flertal af borgerne vedtager en lovgivning som logningsbestemmelserne, der øger registreringen af deres kommunikation. Vi kan selvfølgelig alle sammen (som ovennævnte professor i retsvidenskab) have vores egne politiske holdninger til, om vi ønsker mere eller mindre registrering eller overvågning, men vores demokrati er nu engang baseret på, at borgerne kan bestemme over sig selv, og det er derfor også først og fremmest op til flertallet af de danske borgere at beslutte, hvor meget frihed, som de vil afgive for at øge sikkerheden i vores samfund. Og som berørt i kapitel 3 er denne prioritering jo ikke mejslet i sten, men vil i stedet svinge med borgernes følelse af sårbarhed og deres generelle opfattelse af værdien af frihed og sikkerhed.

Dele af kritikken af antiterrorlovgivningen synes baseret på en forudsætning om, at enhver stramning af sikkerheden *per definition* er af det onde, og det lyder til tider som om, at den prioritering af frihed og sikkerhed, der var gældende *inden* den 11. september 2001 i sagens natur også bør være den, der er gældende i dag. Men samfundets prioritering ændrer sig jo hele tiden, og retsstaten stiller sig ikke på bagbenene, hver gang befolkningen ønsker at

stramme sikkerheden i samfundet og i den forbindelse begrænser friheden på visse udvalgte punkter. Respekt for retsstaten er også, at mindretallet respekterer flertallets ret til at udforme politikken.

Som en sidebemærkning skal det lige med (så skal jeg nok stoppe), at respekt for retsstaten jo ikke blot handler om betoning af frihed, men også om, at vi anerkender dilemmaet mellem frihed og sikkerhed. Som Ignatieff skriver: "neither necessity nor liberty, neither public danger nor private rights constitute trumping cards"<sup>259</sup> Disse sandheder er vi alle nødt til at erkende. Både frihed og sikkerhed kommer med en pris, og den 11. september har været en øjenåbner, der har tvunget os alle til at se realistisk på tingene. Dem, der argumenterer for en høj prioritering af frihed, er nødt til at erkende og argumentere for, hvorfor denne prioritering er prisen værd i form af mindre sikkerhed, ligesom dem, der vil have mere sikkerhed må forklare os, hvorfor den nye situation legitimerer indgreb i folks frihed. Vi må med andre ord opgive illusionen om, at frihed og sikkerhed aldrig er konkurrerende størrelser og i stedet forholde os til de mange vanskelige dilemmaer, der er forbundet med at finde en passende balance mellem borgernes frihed på den ene side og deres sikkerhed på den anden. Ingen går med andre ord fri. Alle har vi lidt snavs på hænderne – om vi vil være ved det eller ej.

## **Retsstatens fremtid**

Vi har set, at det aktuelle pres på vores retsstat først og fremmest udgår fra det politiske ønske om at forebygge terrorisme og opretholde en relativ høj grad af sikkerhed i det danske samfund. Og så længe dette politiske ønske er intakt, så vil vores retsstat være udfordret. Men når trusselsniveauet på et tidspunkt (forhåbentlig) falder og følelsen af sårbarhed aftager, så vil prioriteringen af sikkerhed formentlig også (atter) falde, og vores frihed (atter) stige. Som berørt skorter det imidlertid ikke på kritiske røster, der i antiterrorlovgivningen nærmest ser retsstatens død. Disse kritikere undervurderer imidlertid retsstatens styrke, og overser, at det er mere sandsynligt, at vores retsstat går styrket end svækket ud af den aktuelle "krise".

Det er nemlig i virkeligheden først, når retsstaten presses og udfordres, at den viser sit værd, og de mange skeptikere med deres henvisninger

til Weimar-Tyskland overser, at det aktuelle pres på retsstaten over tid netop får os til at indse værdien ved retsstaten. Mange rettigheder svækkes faktisk slet ikke i modgangstider – de styrkes. De rettigheder, der er med til at definere os og det, som vi står for i kampen mod terrorismen, kommer styrket ud af det aktuelle pres. Det gælder eksempelvis ytringsfriheden, som af mange ofte betegnes som truet på sit liv. Den megen snak om ytringsfriheden og de lejlighedsvis forsøg på at begrænse den svækker den faktisk ikke – tværtimod. Ved at blive udfordret og testet styrkes den. Vi ser, at ytringsfriheden udfordres, og derfor indser vi, hvor vigtig den er at værne om.

Udviklingen i USA illustrerer, hvordan retsstaten og grundlæggende rettigheder i sidste ende ofte ender med at blive styrket, når de bliver testet og udfordret. Bush-regeringens massive prioritering af sikkerhed på bekostning af frihed endte jo med at give bagslag, og det amerikanske samfund endte ikke (som skeptikere ellers havde forudsagt) som 1930'ernes Tyskland. Bush-regeringen anlagde som bekendt en meget kontroversiel betragtning på forholdet mellem frihed og sikkerhed, men det var jo én, som amerikanerne endte med at forkaste. Det amerikanske samfund købte ikke præmissen om, at alt er tilladt, når nationens sikkerhed står på spil, og de valgte en ny præsident, der lovede dem, at der var nye tider på vej. Dette er en enorm vigtig lektie. Jo mere Bush-regeringen gjorde for at udfordre retsstaten, jo mere kæmpede den imod, og jo stærkere blev den. En tilsvarende udvikling er muligvis i gang i Storbritannien, hvor den nye britiske regering i hvert fald har varslet en reformering af de britiske antiterrorlove, som ifølge repræsentanter for den nye regering på visse punkter er gået for vidt. Hvor paradoksalt det end lyder, så er det derfor også mere sandsynligt, at retsstaten i det lange løb ender med at gå styrket ud af den aktuelle kamp med sikkerheden end at den svækkes.<sup>260</sup>

Det er i den forbindelse værd at bemærke, at vi allerede har set en del ændringer i vores antiterrorlovgivninger siden den 11. september, og at den stigende betoning af frihed og retssikkerhed jo ikke nødvendigvis behøver at tage form af deciderede tilbagerulninger af lovgivning. Det er med andre ord ikke nødvendigt at ophæve antiterrorlovgivning for at gøre den bedre. Mindre kan også gøre det. En måde at gøre lovene og indgrebene mere spiselige på er eksempelvis

ved at indføre flere retssikkerhedsgarantier for borgerne i den eksisterende antiterrorlovgivning. Det illustrerer forløbet omkring Tuneserloven. I stedet for at droppe det politiske ønske om at kunne lægge vægt på følsomme oplysninger i sager om udlændinge, der udgør en fare for statens sikkerhed efter Højesteret konkluderede, at de særlige regler på området var ubrugelige, valgte man nemlig fra politisk hold at give de pågældende udlændinge en bedre retssikkerhed og *ad den vej* gøre reglerne mere forenelige med retsstaten.

Det interessante spørgsmål er, hvordan vi bedst gør vores retsstat i stand til at modstå det pres, der opstår, når samfundet skruer op for sikkerheden. Opgaven for os jurister er at sørge for, at vores politikere formår at forfølge deres politiske mål på en måde, der er forenelig med retsstaten. Mere end noget andet, så er det vores opgave, at få proces og indhold til at passe sammen. Men opretholdelsen af vores retsstat er selvfølgelig ikke kun juristers ansvar. Danmark forbliver kun en retsstat på sigt, hvis alle bakker op. Og med alle menes alle. Retsstaten er først og fremmest et ideal, som vi har opsat for, hvordan vi ønsker at indrette vores samfund, og idealer er nu engang noget, som man hele tiden skal stræbes efter. Retsstaten er derfor også først og fremmest afhængig af, at den nyder respekt af alle aktører i samfundet. For hvis ikke, der er det, så kan alverdens regler og formaliteter ikke hjælpe. Som David Dyzenhaus skriver:

... without enough believers in the rule of law, law cannot deliver its resources to us. Moreover, it is not enough that many lawyers and judges are committed to the rule of law. It is important, indeed much more important, that politicians, public officials, journalists and plain "we the people" share this commitment.<sup>261</sup>

Retsstaten er med andre ord vores alles ansvar. Vi må alle forstå, at vores samfund hverken kan eksistere uden sikkerhed eller uden respekt for basale retsstatsprincipper. Vægtningen af disse to hensyn er demokratiets evige udfordring.

### **Indførelsen af "sunset clauses" i den danske terrorlovgivning?**

Jeg har oven for påpeget en række (først og fremmest processuelle) udfordringer, som antiterrorlovgivningen stiller til vores retsstat, og det rejser naturligvis det

spørgsmål, om der er noget, som vi kan gøre for at imødegå disse udfordringer. Hvordan sørger vi bedst for, at vores politikere forfølger sine politiske mål på en måde, der er forenelig vores retsstat?

Vi bør i Danmark overveje at indføre tidsmæssige begrænsninger på vores terrorlovgivning i form af såkaldte "sunset clauses", der er meget benyttede i bl.a. Storbritannien og USA, hvor de netop anvendes på antiterrorlovgivning.<sup>262</sup> Den første amerikanske terrorpakke – PATRIOT Act – indførte eksempelvis tidsbegrænsninger på en række af dets bestemmelser om bl.a. overvågning og registrering, og også i Storbritannien er dele af antiterrorlovgivningen udløbet efter et på forhånd fastsat tidsrum. Anvendelsen af sådanne tidsbegrænsninger vidner om en grundlæggende erkendelse af, at der kan være en risiko for, at vi som samfund overreagerer på en trussel mod vores sikkerhed, og at vi derfor bør genoverveje vores lovgivning på et senere tidspunkt, hvor bølgerne måske ikke længere går så højt. Eller at vi for den sags skyld har undervurderet en trussel og ikke forsynet vores myndigheder med tilstrækkelige beføjelser. Vi har ikke tradition for sådanne tidsbegrænsninger i dansk ret, men det har imidlertid været overvejet i forbindelse med indførelsen af minimumsstraffe i knivloven, at reglerne skal evalueres efter et givent tidsrum.

Der er flere gode grunde til at indføre sådanne "sunset clauses" i vores antiterrorlovgivning. For det første er det en god idé, fordi sådanne klausuler sikrer, at lovgivning, som der ikke længere kan samles et flertal for, fjernes. Det er godt, fordi vi alle ved, at lovgivning, der nu engang er blevet vedtaget, meget sjældent ophæves igen. Og hvis der ikke kan samles flertal for en ny lov, så er det nok ikke tilfældigt. Tidsbegrænsningerne er for det andet en god idé, fordi de tvinger politikerne til at tage aktivt stilling til lovgivningen med jævne mellemrum. Vores folketing har desværre ikke nogen særlig veludviklet tradition for at lave større høringer eller nedsætte særlige kommissioner, der kan danne grundlag for mere grundlæggende politiske debatter om indholdet af vores lovgivning og den førte politik, og det er derfor i høj grad også enkeltsager, der styrer såvel den politiske debat som den politiske interesse for at lave ny lovgivning.<sup>263</sup> Og enkeltsager er som regel et ret skidt udgangspunkt for begge dele. Hvis vores antiterrorlovgivning udløb med jævne mellemrum ville vi kunne få de nødvendige



debatter også på tidspunkter, hvor det politiske sind måske er mere roligt. I det omfang disse debatter også ville bidrage til at styrke Folketinget som en selvstændig aktør i forhold til regeringen vil indførelsen af tidsbegrænsninger i øvrigt også være gavnligt for udviklingen af vores demokrati.<sup>264</sup>

Debatten om logningsbestemmelserne i sommeren 2010 illustrerer behovet for en seriøs diskussion af indførelsen af tidsbegrænsninger på vores antiterrorlove. Debatten omstod nemlig kun, fordi Dagbladet Information kørte en artikelserie om bestemmelserne, fordi bestemmelserne skulle revurderes i EU i efteråret 2010. De mange diskussioner om bestemmelserne viste, at bestemmelserne vakte blandede følelser på Christiansborg, og (ganske interessant) at nogle af de partier, der i sin tid havde stemt for bestemmelserne, nu pludselig ikke længere var så sikre på, at de som politikere havde fundet den rette balance mellem frihed og sikkerhed, og om bestemmelserne i øvrigt tjente deres formål. I sommeren 2010 tydede det med andre ord på, at der var et politisk flertal for at ændre i bestemmelserne senere på året, og uden den planlagte revurdering af bestemmelserne havde vi jo hverken haft debatten om bestemmelserne eller fået muligheden for at justere reglerne. Det er derfor også svært at forstå, hvorfor enkelte politikere er så meget imod idéen med periodevise evalueringer.<sup>265</sup>

Det eneste sådanne "sunset clauses" gør er at tvinge vores politikere til med jævne mellemrum at forholde os til, om de har fundet den optimale balance mellem frihed og sikkerhed. Hvordan kan man være modstander af det? Tidsbegrænsningerne er i virkeligheden blot en "way to reconcile security and liberty."<sup>266</sup> Lad dette være de sidste ord.

## Litteratur:

- Akerman, Bruce, *Before the Next Attack, Preserving Civil Liberties in an Age of Terrorism*, Yale University Press, 2006.
- Barak, Aharon, *The Judge in a Democracy*, Princeton University Press, 2006.
- Calabresi, SC, *The Unitary Executive: Presidential Power from Washington to Bush: Executive Branch Practice from 1787 to 2005*, Yale University Press, 2008.
- Chesney, Robert, *Beyond Conspiracy? Anticipatory Prosecution and the Challenge of Unaffiliated Terrorism*, Southern California Law Review, Vol. 80, 2007, s. 425-502.
- Christoffersen, Jonas, *Domstolsprøvelse i terrorsager mv.*, Ugeskrift for Retsvæsen, nr. 12, 20. Marts 2004, s. 97-106.
- Cole, David & Jules Lobel, *Less Safe, Less Free, Why America is Loosing the War on Terror*, W.W. Norton and Company, 2007.
- Cole, David, *The Poverty of Posner's Pragmatism: Balancing Away Liberty After 9/11*, Stanford Law Review, Vol. 59, 2007, s. 1735-1752.
- Cole, David, *Enemy Aliens, Double Standards and Constitutional Freedoms in the War on Terrorism*, The New Press, 2003
- Cole, David and James X. Dempsey, *Terrorism and the Constitution, Sacrificing Civil Liberties in the Name of National Security*, New Press, 2002.
- Dershowitz, Alan, *Pre-emption; A Knife that Cuts both Ways*, W.W. Norton & Company, 2006.
- Di Bronzolo, Radicati, Luca G., and Mauro Megliani, *Freezing the Assets of International Terrorist Organizations*, i Andrea Bianchi (ed.), *Enforcing International Law Norms Against Terrorism*, Hart Publishing, 2004, s. 377-413
- Downes, Chris, Targeted Killings' In An Age Of Terror: The Legality Of The Yemen Strike, *Journal of Conflict and Security Law*, Vol. 9, 2004, s. 277-294.
- Dyzenhaus, David, *The Constitution of Law, Legality in a Time of Emergency*, Cambridge University Press, 2006.
- Fallon, Richard H. Jr., "The Rule of Law" as a concept in Constitutional Discourse, *Columbia Law Review*, vol. 97, 1997, s. 1-56.
- Fijnatu, C. *The Attacks on 11 September 2001, and the Immediate Response of the European Union and the United States*, i C. Fijnaut, J. Wouters & F. Naert (red.); *Legal Instruments in the Fight Against International Terrorism; A Transatlantic Dialogue*, Martinus Nijhoff, 2004.
- Glazier, David, *Kangaroo Court or Competent Tribunal? Judging the 21st Century Military Commission*, *Virginia Law Review*, vol. 89, 2003, s. 2005-2093.
- Goldsmith, Jack, *The Terror Presidency, Law and Judgment inside the Bush Administration*, W.W.Norton & Co., 2007.
- Greenberg, Karen J. & Joshua L. Dratel (red.); *The Torture Papers; The Road to Abu Ghraib*, Cambridge University Press, 2005.
- Greve, Vagn, *Retsstaten smuldrer*, i *Terrorbekæmpelse og demokratiske rettigheder*, se [www.eurodebat.dk/terror.pdf](http://www.eurodebat.dk/terror.pdf) (besøgt 25. maj 2010).

- Henriksen, Anders, *Krigens folkeret, og international væbnet terrorbekæmpelse*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2010.
- Henriksen, Anders, *Arven efter Bush, præsidentembedet og krigen mod terror*, Gyldendal, 2009.
- Henriksen, Anders, *Lovlige og ulovlige kombattanter – Fanger på Guantanamo*, EU-ret & Menneskeret, 2005, s. 223-241
- Hewitt, Steve, *The British War on Terror; Terrorism and Counter-Terrorism on the Home Front Since 9/11*, Continuum, 2008.
- Husabø, Erling Johannes and Ingrid Bruce (ass.), *Fighting Terrorism through Multilevel Criminal Legislation*, Martinus Nijhoff Publishers, 2009.
- Ignatieff, Michael, *The Lesser Evil, Political Ethics in an Age of Terror*, Edinburgh University Press, 2004.
- Kjær, Kim U. *De udlændingeretlige elementer af FN's terrorresolution i dansk ret*, EU & Menneskeret 2003, s. 219-232.
- Koch, Ida Elisabeth, *De internationale forpligtelser – Terrorbekæmpelse og magtfordeling, i Terrorbekæmpelse og demokratiske rettigheder*, se [www.eurodebat.dk/terror.pdf](http://www.eurodebat.dk/terror.pdf) (besøgt 25. maj 2010).
- Koh, Harold Hongju, *The Spirit of the Laws*, Harvard International Law Journal, vol. 43, 2002.
- Mayer, Jane, *The Dark Side; The Inside Story of How the War on Terror Turned into a War on American Ideals*, Doubleday & Co Inc, 2008.
- Locke, John, *Second Treatise of Government*, Hackett, 1980.
- Peerenboo, Randall, *Human Rights and the Rule of Law: What's the Relationship?*, Georgetown Journal of International Law, vol. 36, 2005.
- Posner, Eric A., & Adrian Vermeule, *Terror in the Balance; Security, Liberty, and the Courts*, Oxford University Press, 2007.
- Posner, Richard A., *Not a Suicide Pact; The Constitution in a Time of National Emergency*, Oxford University Press, 2006.
- Rytter, Jens Elo, *Undtagelsestilstanden og dens judicielle efterprøvelse*, Juristen, nr. 4, 2009, s. 103-116.
- Sunstein, Cass, *Minimalism at War*, The Supreme Court Review, 2004.
- Sørensen, Jørgen Steen, *Terrorlovgivning og terrorsager*, Juristen, nr. 10, 2008, s. 297-304.
- Tamanaha, Brian Z., *On the Rule of Law, History, Politics, Theory*, Cambridge University Press, 2004.
- Tjalve, Vibeke Schou & Anders Henriksen, "Vi diskuterer jo ikke politik på den måde", Dansk Institut for Militære Studier, 2008.
- Tushnet, Mark, *Emergencies and Constitutionalism*, i Mark Tushnet (eds.), *The Constitution in Wartime, Beyond Alarmism and Complacency*, Duke University Press, 2005.

Tushnet, Mark, *Defending Korematsu? Reflections on Civil Liberties in Wartime*, i Mark Tushnet (ed.), *The Constitution in Wartime, Beyond Alarmism and Complacency*, Duke University Press, 2005.

Vestergaard, Jørn, *Dansk lovgivning om bekæmpelse af terrorisme*, i Lars Plum & Andreas Laursen (red.), *Enhver Stats pligt ..., International strafferet og dansk ret*, Jurist – og Økonomforbundets Forlag, 2007, s. 391-424

Vestergaard, Jørn, *Det strafferetlige værn mod terrorisme – nye konventionsforpligtelse mv.*, Tidsskrift for Kriminalret 4/2006 s. 246-260.

Vestergaard, Jørn, *Kniv-forbud og visitation som udtryk for pre-aktiv strafferet*, Ugeskrift for Retsvæsen, 2004, s. 373-379.

Waldron, Jeremy, *Security and Liberty: The Image of Balance*, The Journal of Political Philosophy, vol. 11, 2003.

Wilkinson, Paul (red.), *Homeland Security in the UK; Future Preparedness for terrorist attacks since 9/11*, Routledge, 2007.

Wouters, J. & Naert, *Police and Judicial Cooperation in the European Union and Counterterrorism: An Overview*, i C. Fijnaut, J. Wouters & F. Naert (red.); *Legal Instruments in the Fight Against International Terrorism; A Transatlantic Dialogue*, Martinus Nijhoff, 2004.

Yoo, John, *War by Other Means, An Insiders Account of the War on Terror*, Atlantic Monthly Press, 2006.

Zabel, Richard B., & James J. Benjamin, *In Pursuit of Justice, Prosecuting Terrorism Cases in the Federal Courts*, Human Rights First, May 2008.

Zabel, Richard B., & James J. Benjamin, *In Pursuit of Justice, Prosecuting Terrorism Cases in the Federal Courts, 2009 Update and Recent Developments*, Human Rights First, July 2009.

Zahle, Henrik, *Dansk Forfatningsret 3, Menneskerettigheder*, Christian Ejlers' Forlag, 1989.

---

<sup>1</sup> Se bl.a. Henriksen 2010.

<sup>2</sup> Se bl.a. Henriksen 2009.

<sup>3</sup> Se bl.a. Camilla Stampe, *CEPOS: Afskaf en del af terrorkpakken*, Dagbladet Information, 19. juli 2010.

<sup>4</sup> Camilla Stampe, 'Vi hjælper terroristernes på vej', Dagbladet Information, 28. juli 2010.

<sup>5</sup> Høilund s. 143.

<sup>6</sup> Se bl.a. Mette Klingsey, *Dansk Folkeparti vil udvide terrorkpakken*, Dagbladet Information, 25. juli 2007.

<sup>7</sup> Se gennemgangen heraf i Sørensen s. 297-304.

<sup>8</sup> En mere nærliggende mulighed ville umiddelbart have været at sammenligne Danmark og Holland al den stund, at Holland dels også har støttet op om USA og har styrker i den urolige del af Afghanistan, og dels også er bekendt med islamisk ekstremisme, bedst illustreret ved drabet på filminstruktøren Theo van Gogh i 2004. En sammenligning med Holland er imidlertid problematisk, fordi der så er andre komparative ulemper, såsom en mindre grad af lighed mellem det danske og det hollandske retssystem.

<sup>9</sup> For den seneste trusselsvurdering, se *Vurdering af terrortrussel mod Danmark (VTD)* den 19. maj 2010 på [http://www.pet.dk/upload/vtd\\_-\\_maj\\_2010\\_ukl-endelig.pdf](http://www.pet.dk/upload/vtd_-_maj_2010_ukl-endelig.pdf) (besøgt 25. maj 2010). Se bl.a. sammenfatningen: "Genoptrykningen af Muhammed-tegningerne i februar 2008 betød et

---

skærpet fokus på Danmark og danske interesser som mål for terror blandt ledende militante ekstremister i udlandet.”

<sup>10</sup> Høilund s. 16.

<sup>11</sup> Uddrag fra *Forslag til lov om ændring af straffeloven, retsplejeloven og forskellige andre love* ("terrorpakke II), se LFF2005-2006.1.217, s. 4.

<sup>12</sup> Se [http://treaties.un.org/Pages/DB.aspx?path=DB/studies/page2\\_en.xml&menu=MTDSG](http://treaties.un.org/Pages/DB.aspx?path=DB/studies/page2_en.xml&menu=MTDSG) (besøgt 25. maj 2010). Selvom disse konventioner i større eller mindre grad er blevet oprettet med det formål at bekæmpe terrorrelaterede forbrydelser, er deres rækkevidde imidlertid ikke begrænset hertil. Inden for konventionernes anvendelsesområde falder således også handlinger, der ikke kan betegnes som terrorhandlinger i traditionel forstand, se Vestergaard 2006 s. 249.

<sup>13</sup> Se konventionens artikel 2.

<sup>14</sup> Ibid, art. 14.

<sup>15</sup> Resolutionens bindende forpligtelser er opregnet i art. 2.

<sup>16</sup> De ikke-bindende opfordringer findes i art. 3.

<sup>17</sup> Ibid, art. 6.

<sup>18</sup> Se resolutionens art. 1.

<sup>19</sup> C. Fijnaut i Fijnaut m.fl. (red.) 2004 s. 15-18.

<sup>20</sup> Conclusions adopted by the Council (Justice and Home Affairs), Brussels, 20 September 2001, på [http://ec.europa.eu/justice\\_home/news/terrorism/documents/concl\\_council\\_20sep\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice_home/news/terrorism/documents/concl_council_20sep_en.pdf) (besøgt 25. maj 2010).

<sup>21</sup> *Council Framework Decision of 13 June 2002 on the European Arrest Warrant and the Surrender Procedures between Member States*, 2002/584/JHA. Se også gennemgangen i 2006.

<sup>22</sup> J. Wouters & F. Naert i Fijnaut m.fl. (red.) 2004 s. 112.

<sup>23</sup> *Council Framework Decision of 13 June 2002 on Combating Terrorism*, 2002/475/JHA.

<sup>24</sup> Se rammeafgørelsens art. 1 og 2.

<sup>25</sup> Ibid, art. 3 og 4.

<sup>26</sup> Ibid, art. 9.

<sup>27</sup> *Council Framework Decision 2008/919/JHA of 28 November 2008 amending Framework Decision 2002/475/JHA on combating terrorism*, art. 1, der ændrer den eksisterende art. 3 og 4. a.

<sup>28</sup> Convention on the Prevention of Terrorism, se art. 5-7.

<sup>29</sup> Lov nr. 378 af 06/06/2002 om ændring af straffeloven, retsplejeloven, lov om konkurrence- og forbrugerforhold på telemarkedet, våbenloven, udleveringsloven samt lov om udlevering af lovovertrædere til Finland, Island, Norge og Sverige.

<sup>30</sup> Straffelovens § 114. Se også Vestergaard i Plum & Laursen (red.) 2007 s. 391-424, og Vestergaard 2006 s. 246-260.

<sup>31</sup> Hovedbestemmelsen fandtes oprindeligt i straffelovens § 114 a, men er siden blevet til § 114 b. Se også § 114 e.

<sup>32</sup> Straffelovens § 114 e. Bestemmelsen er siden blevet flyttet til § 114 h.

<sup>33</sup> Ibid, § 306.

<sup>34</sup> Se retsplejelovens § 786, stk. 4.

<sup>35</sup> Se Rpl. § 799, stk. 1, og stk. 3.

<sup>36</sup> Rpl. § 791 b.

<sup>37</sup> Lov om udlevering af lovovertrædere, §§ 2, 2 a, og 3.

<sup>38</sup> Ibid, § 5, stk. 3.

<sup>39</sup> Se den nye lov om forebyggende foranstaltninger mod hvidvaskning af penge og finansiering af terrorisme § 10.a.

<sup>40</sup> Se udlændingelovens §§ 10, 19, stk. 2, og stk. 5.

<sup>41</sup> Se også Kjær 2003 s. 219ff.

<sup>42</sup> Ibid, § 22, nr. 4 og nr. 6, § 25 og § 25 a, stk. 1, nr. 1.

<sup>43</sup> Ibid, § 31.

<sup>44</sup> Ibid, § 34, stk. 3, og § 36, stk. 5.

<sup>45</sup> Se bl.a. Udl. § 45 a.

<sup>46</sup> Ibid, § 45 b.

<sup>47</sup> *Det danske samfunds indsats og beredskab over for terror; Den tværministerielle arbejdsgruppe om terrorbekæmpelse*, oktober 2005. Statsministeriet, se

---

<http://www.stm.dk/publikationer/terror/det%20danske%20samfunds%20indsats%20og%20beredskab%20mod%20terror-web.pdf> (besøgt 25. maj 2010).

<sup>48</sup> *Regeringens handlingsplan for terrorbekæmpelse*, november 2005. Statsministeriet, se <http://www.stm.dk/publikationer/terrorpakke/index.htm> (besøgt 25. maj 2010).

<sup>49</sup> Lov nr. 542 af 8. juni 2006 om ændring af straffeloven, retsplejeloven og forskellige andre love (Styrkelse af indsatsen for at bekæmpe terrorisme m.v.).

<sup>50</sup> Europarådets konvention om forebyggelse af terrorisme blev vedtaget af Europarådets Ministerkomité den 3. maj 2005. FN's konvention om nuklear terrorisme blev vedtaget i FN's Generalforsamling den 13. april 2005.

<sup>51</sup> Lov om ændring af straffeloven, retsplejeloven og forskellige andre love, § 1, nr. 4, vedrørende den nye § 114 c.

<sup>52</sup> Ibid, § 114 d. Det er værd at bemærke, at den nye bestemmelse ikke blot gør det strafbart at træne andre til terrorisme, men også straffer den person, der trænes, se § 114 d, stk. 3, selvom en sådan forpligtelse ikke fremgår af Europarådets konvention om forebyggelse af terrorisme.

<sup>53</sup> Straffelovens § 192 b.

<sup>54</sup> Retsplejelovens § 110 a, stk. 1. og stk. 2.

<sup>55</sup> Ibid, § 783, stk. 2.

<sup>56</sup> Ibid, § 791 c.

<sup>57</sup> Se lov om forbud mod tv-overvågning § 4 a. og b.

<sup>58</sup> Lov om luftfart, § 148 a, stk. 1.

<sup>59</sup> Ibid, stk. 2.

<sup>60</sup> Forslag til lov om ændringer i udlændingeloven (Skærpet meldepligt for udlændinge på tålt ophold, styrket kontrol med overholdelse af påbud om at tage ophold på et bestemt indkvarteringssted samt forhøjelse af strafferammen for overtrædelse af en pålagt meldepligt eller et påbud om at tage ophold på et bestemt indkvarteringssted), se bemærkningerne til lovforslaget s. 2.

<sup>61</sup> Udlændingelovens § 34, stk. 3.

<sup>62</sup> Ibid, § 60, stk. 1.

<sup>63</sup> Ibid, § 42 a, stk. 8, og § 42 a, stk. 9. Se hertil også bemærkningerne til lovforslaget s. 4-5.

<sup>64</sup> For en gennemgang af de mange initiativer, se bl.a. Wilkinson (red.) 2007.

<sup>65</sup> *Terrorism Act 2000* kriminaliserede allerede medlemskab i og støtte til terrororganisationer, se lovens sec. 11 og 12.

<sup>66</sup> *Terrorism Act 2006*, sec. 1-4.

<sup>67</sup> Ibid, sec. 5-8.

<sup>68</sup> *Anti-Terrorism, Crime and Security Act 2002*, part 2.

<sup>69</sup> Ibid, part 10.

<sup>70</sup> Ibid, part 11. Se også *Terrorism Act 2006*, sec. 26-30.

<sup>71</sup> Se hertil gennemgangen i kapitel 3.

<sup>72</sup> U.S. H.R. 3162, Public Law 107-56. Loven ændrede i den amerikanske *Foreign Intelligence Surveillance Act of 1978* (FISA), the *Electronic Communications Privacy Act of 1986*, the *Money Laundering Control Act of 1986*, the *Bank Secretary Act* og the *Immigration and Nationality Act*. Dele af loven udløb automatisk med udgangen af december 2005, og to nye – og til dels modificerede – love så dagens lys i form af henholdsvis *USA PATRIOT and Terrorism Prevention Reauthorization Act of 2005*, U.S. H.R. 3199, Public Law 109-177, i sommeren 2005, og *USA PATRIOT Act Additional Reauthorization Amendment Act of 2006*, U.S. H.R. 3199, Public Law 109-178, i foråret 2006.

<sup>73</sup> *PATRIOT*, Title VIII, sec. 805, og 18 U.S.C. § 2339a, b, og c.

<sup>74</sup> Ibid, § 2339d.

<sup>75</sup> Ibid, Title III.

<sup>76</sup> Se Title II, sec. 201-225.

<sup>77</sup> Ibid, Title IV

<sup>78</sup> Dershowitz 2006 s. 2.

<sup>79</sup> *National Security Strategy of the United States of America* (2002) s. 15. Ibid s. 15.

<sup>80</sup> Ibid.



---

<sup>81</sup> Ibid. Se også den opdaterede *National Security Strategy of the United States of America* (2006) s. 22f: "we do not rule out the use of force before attacks occur, even if uncertainty remains as to the time and place of the enemy's attack."

<sup>82</sup> Se også Henriksen (2010) s. 96-98 og Dershowitz s. 153-173. Det skal understreges, at der ikke var nogen af de stater, der deltog i invasionen af Irak, der i deres folkeretlige begrundelser gjorde gældende, at invasionen var begrundet i et ønske om forebyggelse af trusler. Samtlige stater, herunder altså også Danmark, betonedes i stedet eksistensen af en påstået hjemme i de resolutioner, som FN's Sikkerhedsråd havde vedtaget vedrørende Irak. Den amerikanske folkeretlige begrundelse for invasionen kan findes i UN Doc. S/2003/351: "The actions being taken are authorized under existing council resolutions ... The Government of Iraq decided not to avail itself of its final opportunity under resolution 1441 (2002) and has clearly committed additional violations. In view of Iraq's material breaches, the basis for the ceasefire has been removed and use of force is authorized under resolution 678 (1990)." For den britiske begrundelse, se UN Doc. S/2003/350. For den danske begrundelse, se *Det juridiske grundlag for iværksættelse af militære forholdsregler mod Irak, 17. marts 2003* i bilag til *Betænkning over Folketingsbeslutning om dansk militærdeltagelse i en multinational indsats i Irak, Forsvarsudvalget, B118 – bilag 35*.

<sup>83</sup> Report of the Secretary-General's High-Level Panel on Threats, se *Executive Summary*, s. 1.

<sup>84</sup> The European Union, *A Secure Europe in a Better World, European Security Strategy*, 2003, s. 3f.

<sup>85</sup> Ibid s. 7. Se også Report of the Secretary-General's High-Level Panel on Threats præmis 194: "The Council may well need to be prepared to be much more proactive on these issues, taking more decisive action earlier, than it has been in the past."

<sup>86</sup> Sørensen s. 300

<sup>87</sup> U.S. Department of Justice, *2006 Counterterrorism White Paper*, se

<http://trac.syr.edu/tracreports/terrorism/169/include/terrorism.whitepaper.pdf> (besøgt 25. maj 2010), se bl.a. s. 5: "The events of September 11 transformed the mission of the Department of Justice. The Department revised its Strategic Plan to emphasize the prevention and disruption of terrorism. Indeed, the protection of our national security and the prevention of terrorist acts are our number one goal. On every level, we are now committed to a new strategy of prevention. This includes the design, implementation and support of policies and strategies, including the investigation and prosecution of terrorism and terrorism-related cases and the pursuit of legislative initiatives, which will prevent, disrupt and defeat domestic and international terrorist operations before they occur."

<sup>88</sup> Sørensen s. 300.

<sup>89</sup> Se også Henriksen 2009 s. 68-70.

<sup>90</sup> Hjemmesiden for Politiets Efterretningstjeneste, se "Generelt om PET" (besøgt 25. maj 2010).

<sup>91</sup> Politiets Efterretningstjeneste, Årsberetning, 2006-2007, s. 8.

<sup>92</sup> Politiets Efterretningstjenestes Årsberetning 2002, s. 42-44.

<sup>93</sup> Ibid.

<sup>94</sup> Politiets Efterretningstjeneste, "Politi mod Terror", se

<http://www.pet.dk/Arbejdsomraader/Kontraterrorisme/Politi%20mod%20terror.aspx> (besøgt 25. Maj 2010)

<sup>95</sup> Ibid.

<sup>96</sup> Regeringens handlingsplan for terrorbekæmpelse s. 5.

<sup>97</sup> Vestergaard 2004 s. 373-379, se bl.a. s. 374: "Den ekspansion, som i nyere tid præger det samlede regelværk, har gennemgående strafferetten som integreret element, hvilket har fået ikke bare strafferetten i almindelighed, men den pre-aktive strafferet i særdeleshed til at svulme op."

<sup>98</sup> Lov om ændring af straffeloven af 31. maj 2000, se straffelovens § 134 b.

<sup>99</sup> Lov nr. 444 af 9. juni 2004 om politiets virksomhed, se politilovens § 6.

<sup>100</sup> For den nyeste ændring, se forslag til lov om ændring af straffeloven og lov om politiets virksomhed (Styrket indsats mod omfattende forstyrrelse af den offentlige orden m.v.), se politilovens § 5, stk. 3.

<sup>101</sup> Se lov nr. 217 af 31. marts 2004 om ændring af våbenloven (forbud mod at bære kniv m.v. samt skærpelse af straffen for ulovlig besiddelse af kniv), se våbenlovens § 6.

- 
- <sup>102</sup> Se bl.a. Justitsministeriet, *Betænkning om farlige hunde, Betænkning nr. 1514, marts 2010*.
- <sup>103</sup> Lov om ændring af straffeloven, retsplejeloven og forskellige andre love, § 1, nr. 4, vedrørende den nye § 114 c.
- <sup>104</sup> Ibid, § 114 d. Det er værd at bemærke, at den nye bestemmelse ikke blot gør det strafbart at træne andre til terrorisme, men også straffer den person, der trænes, se § 114 d, stk. 3, selvom en sådan forpligtelse ikke fremgår af Europarådets konvention om forebyggelse af terrorisme.
- <sup>105</sup> Se bl.a. Husabø 2009 s. 440-441.
- <sup>106</sup> Om dette "grundvilkår på området", se også Sørensen s. 301, eller Chesney 2007 s. 433-436.
- <sup>107</sup> Se Chesney 2007 s. 487. Se også den udførlige gennemgang af amerikansk retspraksis i Zabel & Benjamin 2008, se bl.a. s. 33. Se også den opdaterede udgave af undersøgelsen i Zabel & Benjamin 2009.
- <sup>108</sup> Se hertil Henriksen 2009 s. 103-107. Se også diskussionen i Yoo 2006 s. 111.
- <sup>109</sup> Henriksen 2009 s. 171-207.
- <sup>110</sup> Ibid, s. 161-171.
- <sup>111</sup> Udl. § 40, stk. 1, § 45 a og § 45 b.
- <sup>112</sup> Udl. § 45 b, stk. 2.
- <sup>113</sup> Se gennemgangen i *Secretary of State for the Home Department v. AF and another* [2009] UKHL 28, se præmis 5. Om det britiske 'control order' system, se kapitel 3.
- <sup>114</sup> Beslutningen om at oprette militærkommissioner blev truffet af den amerikanske præsident i den militære ordre fra 13. november 2001, se gengivelsen på <http://www.fas.org/irp/offdocs/eo/mo-111301.htm> (besøgt 25. maj 2010). Kommissionernes væsentligste processuelle regler fremgik af Military Commissions Order No. 1, der indeholdt en række særlige bevisregler, se bl.a. Sec. 6, B, No. 3, og Sec. 6, D, 5 (b). Se også Sec. 6, D, No. 1. Rettergangen ved de oprindelige militærkommissioner afveg på en række punkter fra rettergangen ved de almindelige amerikanske domstole, se bl.a. gennemgangen i Congressional Research Service, *Report for Congress, The Department of Defence Rules for Military Commissions, March 10, 2004*, s. 26-35. Se også Glazier 2003 s. 2015ff. De oprindelige militærkommissioner blev den 29. juni 2006 erklæret uforenelige med den amerikanske forfatning af den amerikanske højesteret i *Salim Ahmed Hamdan v. Donald H. Rumsfeld, 05-184S*, afsagt 29. juni 2006.
- <sup>115</sup> For en gennemgang, se bl.a. Di Brozolo and Megliani i Bianchi (ed.) 2004 s. 377-413.
- <sup>116</sup> Resolution 1267 blev vedtaget den 15. oktober 1999.
- <sup>117</sup> Resolution 1333 af 19. december 2000. Resolutionen blev fulgt op af en lang række andre resolutioner, se resolution 1363 af 30. juli 2001, resolution 1388 af 13. januar 2002, resolution 1390 af 16. januar 2002, resolution 1452 af 20. december 2002, resolution 1455 af 17. januar 2003, resolution 1456 af 20. januar 2003, resolution 1526 af 30. januar 2004, resolution 1617 af 29. juli 2005, resolution 1699 af 8. august 2006, resolution 1730 af 19. december 2006 og resolution 1735 af 22. december 2006.
- <sup>118</sup> Den 3. september 2008 konkluderede EU-Domstolen, at det eksisterende EU-system for økonomisk fastfrysning baseret på FN-systemet var uforeneligt med EU-retlige grundprincipper, se *Yassin Abdullah Kadi & Al Barakat International Foundation v. Council of the European Union & Commission of the European Communities*, Joined Cases, C-402/05 P & C-415/05 P. FN's Sikkerhedsråd vedtog bl.a. på den baggrund den 17. december 2009 ved resolution 1904 at revidere det eksisterende fastfrysningssystem.
- <sup>119</sup> *RB and another v. Secretary of State for the Home Department* [2009] UKHL 10. I 2008 afviste en britisk underret imidlertid, at Storbritannien kunne deportere to libyske statsborgere til Libyen på trods af indgåelsen af en diplomatisk aftale om minimumsbehandling med den libyske regering, se *AS and DD v. Secretary of State for the Home Department* [2008] EWCA Civ 289.
- <sup>120</sup> *Regeringens handlingsplan for terrorbekæmpelse*, november 2005, s. 5, tilgængelig på [www.stm.dk](http://www.stm.dk)
- <sup>121</sup> Se Posner 2006 og Posner & Vermeule 2007.
- <sup>122</sup> Posner & Vermeule s. 12.
- <sup>123</sup> Begreberne "frihed" og "sikkerhed" er selvsagt meget luftige, og det er naturligvis også vanskeligt at holde dem op over for hinanden som to sammenlignelige størrelser. På dette sted er vi imidlertid nødt til at acceptere forsimpelingen og lade som om, at vi kan kvantificere begreberne. Vi må forestille os, at begrebet "frihed" kan koges ned til at dække over den samlede sum af de mangeartede udfoldelsesmuligheder – der i praksis som oftest tager afsæt i rettigheder, såsom



retten til ytringsfrihed, retten til bevægelsesfrihed osv. – som samfundets borgere er i besiddelse af, og at begrebet ”sikkerhed” kan reduceres til at dække over en risiko for fysisk skade på samfundets borgere og genstande.

<sup>124</sup> Cole & Lobel 2007 s. 17. Se også Ignatieff s. 8: ”A democracy is committed to both the security of the majority and the rights of the individual. Neither a morality of consequences nor a morality of dignity can be allowed exclusive domain in public policy decisions. If each of these ethical principles has legitimate claims, the resulting framework is going to be complex, to say the least. In it, there are no triumph cards, no table-clearing justifications. What works is not always right. What is right doesn’t always work.”

<sup>125</sup> Cr. A. 7048/97, *Anonymous v. Minister of Defense*, 54(1) P.D. 721, 741. Se også præsidenten for den israelske højesteret, Aharon Barak, i Barak s. 291-292: ”Democratic nations should conduct the struggle against terrorism with a proper balance between two conflicting values and principles. One the one hand, we must consider the values and principles relating to the security of the state and its citizens. Human rights are not a stage for national destruction; they cannot justify undermining national security in every case and in all circumstances. Similarly, a constitution is not a prescription for national suicide. But on the other hand, we must consider the values and principles relating to the human dignity and freedom. National security cannot justify undermining human rights in every case and under all circumstances. National security does not grant an unlimited license to harm the individual.”

<sup>126</sup> Barak s. 297.

<sup>127</sup> Barak s. 295.

<sup>128</sup> Se hertil også Waldron 2003 s. 194.

<sup>129</sup> Det hører med til historien, at USA allerede inden terrorangrebene den 11. september 2001 havde haft bitre erfaringer med terrorisme. I 1983 blev 241 amerikanske soldater således dræbt ved en bombesprængning ved det amerikanske marinekorps base i Beirut, Libanon, og året efter blev 14 amerikanere dræbt ved endnu et angreb på den amerikanske ambassade i samme by. I 1990’erne fandt terroreren for første gang i nyere tid vej til det amerikanske fastland, da en celle af islamiske terrorister under ledelse af den pakistanske statsborger Ramzi Yousef den 26. februar 1993 sprængte en bilbombe i en udlejningsbil i parkeringskælderen under World Trade Center i USA. Bomben kostede seks personer livet og sårede hen ved 1000. For oplysninger om angrebet, se [http://www.fbi.gov/page2/feb08/tradebom\\_022608.html](http://www.fbi.gov/page2/feb08/tradebom_022608.html) (besøgt 25. maj 2010). I efteråret 2005 blev den åndelige leder af egyptisk Al-Gamaa Islamiya, Omar Abdel-Rahman – også kendt som den blinde sheikh – dømt for at planlægge terrorangreb mod trafikale knudepunkter i New York, se [http://www.globalsecurity.org/security/profiles/sheikh\\_omar\\_abdel\\_rahman.htm](http://www.globalsecurity.org/security/profiles/sheikh_omar_abdel_rahman.htm) (besøgt 25. maj 2010). To år senere blev 168 personer dræbt i april 1995, da personer fra en nationalistisk milits bragte en bombe til sprængning ved et forbundskontor i Oklahoma City. Den amerikanske statsborger Timothy McVeigh blev senere dømt for bombesprængningen og henrettet, se <http://www.fbi.gov/libref/historic/famcases/oklahoma/oklahoma.htm> (besøgt 25. maj 2010).

<sup>130</sup> Se bl.a. den amerikanske præsidents Military Order af 13. november 2001, hvoraf fremgår, at internationale terrorister: ”including members of al Qaida, have carried out attacks on United States diplomatic and military personnel and facilities abroad and on citizens and property within the United States on a scale that has created a state of armed conflict that requires the use of the United States Armed Forces”, se gengivelsen på <http://www.fas.org/irp/offdocs/eo/mo-111301.htm> (besøgt 25. maj 2010). Se i øvrigt gennemgangen i Henriksen 2010 s. 196-197.

<sup>131</sup> Se hertil også Henriksen 2009 s. 56-57.

<sup>132</sup> For en diskussion af disse angreb, se Henriksen 2010 s. 281-315. Det første af disse angreb fandt sted i november 2002, hvor et ubemandet luftfartøj sendte et missil mod en bil, der transporterede påståede medlemmer af Al-Qaida på en ødet vejstrækning i Yemen. Missilet dræbte bilens fem passagerer, se Downes 2004 s. 277-278. Ubemandede amerikanske luftfartøjer ved ligeledes angrebet mål med tilknytning til påståede terrorister i Pakistan, se Se bl.a. Reuters: *Førerløst amerikansk fly dræber fire*, 9. januar 2010, og Somalia, se Alex Perry, *Striking al-Qaeda in a Terrorist Breeding Ground*, 15. September 2009, Time Magazine.

<sup>133</sup> For en diskussion, se Henriksen 2005 s. 223-241.

<sup>134</sup> Den amerikanske præsident indrømmede i september 2006, at CIA i årevis havde drevet hemmelige fængsler, se <http://news.bbc.co.uk/2/hi/5321606.stm> (besøgt 25. maj 2010). For

---

oplysningerne om afhøringsmetoderne, se bl.a. gennemgangen i Mayer 2008, og indholdet af de interne juridiske notater om bl.a. afhøringsteknikker, der blev udarbejdet i den amerikanske administration i årene efter den 11. september 2001, gengivet i Greenberg & Dratel (red.) 2005.

<sup>135</sup> Se den militære ordre fra november 2001.

<sup>136</sup> Se bl.a. gennemgangen i Hewitt 2008 s. 20.

<sup>137</sup> Ibid, part 4, se særligt sec. 23.

<sup>138</sup> EMRK, art. 5, stk. 1 (f) tillader alene tilbageholdelse af en udlænding, "mod hvem der tages skridt til udvisning eller udlevering", se hertil også gennemgangen i Lorentzen m.fl. (2003) s. 165f.

<sup>139</sup> Se *Declaration contained in a Note Verbale from the Permanent Representation of the United Kingdom, dated 18 December 2001, registered by the Secretariat General on 18 December 2001*.

Som en mulig konsekvens af den britiske regerings beslutning om at fravige sine forpligtelser i henhold til konventionens art. 5 bemærkede Europarådets forsamling den 24. januar 2002, at bestræbelserne på at bekæmpe international terrorisme ikke berettiger Europarådets medlemsstater til at fravige deres forpligtelser i henhold til EMRK, se *Council of Europe, Resolution 1271 (2002), Combating terrorism and respect for human rights*, pkt. 12 (v). Den britiske regering trak sin anmodning om fravigelse tilbage den 14. maj 2005.

<sup>140</sup> *Opinions of the Lords of Appeal for Judgment in the Cause A and others v. Secretary of State for the Home Department, X and another v. Secretary of State for the Home Department*, UKHL 56 (2004), afsagt 16. december 2004. Se bl.a. præmis 126 og 132 (Lord Craighead).

<sup>141</sup> *Prevention of Terrorism Act 2005*, kap. 2.

<sup>142</sup> *Secretary of State for the Home Department v. MB and others* [2007] UKHL 46 7

<sup>143</sup> *Terrorism Act 2006*, kap. 11, sec. 23.

<sup>144</sup> Barak s. 25.

<sup>145</sup> Se hertil bl.a. gennemgangen i Fallon og Peerenboo.

<sup>146</sup> Om forskellige måder at anskue menneskerettighedernes forhold til staten på, se bl.a. Zahle 3 s. 19-23.

<sup>147</sup> Tamanaha s. 10.

<sup>148</sup> Ibid, s. 19-26.

<sup>149</sup> Se bl.a. den berømte artikel 39 i Magna Carta: "No free man shall be taken or imprisoned or disseised or outlawed or exiled or in any way ruined, nor will we go against him, except by the lawful judgement of his peers or by the law of the land."

<sup>150</sup> Tamanaha s. 23-24.

<sup>151</sup> Locke s. 72-73.

<sup>152</sup> Baron de Montesquieu, *Spirit of Laws*, gengivet i Tamanaha s. 52.

<sup>153</sup> Posner s. 7-8.

<sup>154</sup> Ibid s. 80. Se også s. 152; "Coercive interrogation up to and including torture might survive constitutional challenge..."

<sup>155</sup> Tamanaha s. 96.

<sup>156</sup> Se også kritikken i Cole 2007.

<sup>157</sup> Ignatieff s. 35.

<sup>158</sup> Se også Ignatieff s. 44.

<sup>159</sup> Se bl.a. The Secretary-General, Report of the Secretary-General: *The Rule of Law and Transitional Justice in Conflict and Post-Conflict Societies*, 5, U.N. Doc. S/2004/616 (Aug. 23, 2004): "It refers to a principle of governance in which all persons, institutions and entities, public and private, including the State itself, are accountable to laws that are publicly promulgated, equally enforced and independently adjudicated, and which are consistent with international human rights norms and standards."

<sup>160</sup> Document of the Copenhagen Meeting of the Conference on the Human Dimension of the CSCS, 29. juni 1990, se afsnit I (2).

<sup>161</sup> Højesterets kendelse i sagerne 157/2008 og 158/2008, 2. juli 2008 ("Tunesersagen").

<sup>162</sup> Vestergaard 2006 s. 2. Se også Greve s. 7.

<sup>163</sup> Koch s. 12-13. Se også kritikken i Vestergaard 2006 s. 2, og Kjær 2003 s. 219ff.

<sup>164</sup> Vestergaard 2006 s. 2: "Væsentlige dele af terrorpakken fik et indhold, som det under andre omstændigheder ville have været ganske svært at skaffe flertal, endsige stå inde, for."

<sup>165</sup> Vestergaard 2006 s. 2.

- <sup>166</sup> Koch s. 11: "Dette, at forbrydelserne ikke er definerede, giver betydelig retsusikkerhed, fordi vi kun i begrænset omfang kan forudsige, om en bestemt adfærd er ansvarspådragende."
- <sup>167</sup> Udl. § 45 b, stk. 1.
- <sup>168</sup> Ibid, § 45 b, stk. 2.
- <sup>169</sup> Se også gennemgangen i Christoffersen s. 97ff.
- <sup>170</sup> Udl. § 36, stk. 1.
- <sup>171</sup> *Chahal v. the United Kingdom*, 15. November 1996, Reports 1996-V.
- <sup>172</sup> Christoffersen s. 105.
- <sup>173</sup> Se højesterets kendelse af 2. juli 2008 i sagerne vedrørende 157/2008 og 158/2008.
- <sup>174</sup> Se højesterets kendelse af 19. november 2008 i sag nr. 329/2008.
- <sup>175</sup> Højesterets kendelse af 19. november 2008 i sag nr. 330/2008.
- <sup>176</sup> Se udlændingelovens nye § 45 d-k. Se hertil også Ministeriet for flygtninge, indvandrere og integration, *Betænkning om administrativ udvisning af udlændinge, der må anses for en fare for statens sikkerhed*, februar 2009.
- <sup>177</sup> *Chahal* præmis 131: "techniques which can be employed which both accommodate legitimate security concerns about the nature and sources of intelligence information and yet accord the individual a substantial measure of procedural justice".
- <sup>178</sup> *Opinions of the Lords of Appeal for Judgment in the Cause A and others v. Secretary of State for the Home Department, X and another v. Secretary of State for the Home Department*, UKHL 56 (2004), afsagt 16. december 2004.
- <sup>179</sup> For en gennemgangen af reglerne, se *Secretary of State for the Home Department v MB and AF* [2007] UKHL 46; præmis 26.
- <sup>180</sup> Det skal understreges, at sagen vedrørte de britiske reglers forenelig med konventionens ret til prøvelse af indgreb i den personlige frihed (EMRK, art. 5, stk. 4), men domstolen fandt at indholdet af denne prøvelse skulle være at sammenligne med den prøvelse, der indeholdes i konventionens beskyttelse af retten til en retfærdig rettergang (EMRK, art. 6, stk. 1), se *EMD A and Others v. the United Kingdom* (App no. 3455/04) 19 februar 2009, præmis 217.
- <sup>181</sup> Ibid, præmis 218.
- <sup>182</sup> Ibid, præmis 220.
- <sup>183</sup> I 2007 henviste den canadiske højesteret ellers netop til den britiske ordning med særlige advokater, som et eksempel på, at den canadiske lovgiver kunne gøre mere "to protect the individual while keeping critical information confidential", see Supreme Court of Canada, *Charkaoui v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* [2007] S.C.R. 350, præmis 86-87.
- <sup>184</sup> *Secretary of State for the Home Department v. AF and another* [2009] UKHL 28.
- <sup>185</sup> *Hamdi v. Rumsfeld*, 542 U.S. 507 (2004) 509.
- <sup>186</sup> Ibid, *Opinion of Souter, J.*, s. 552.
- <sup>187</sup> U.S. DoD, *The Secretary of the Navy, 29<sup>th</sup> July 2004 - Memorandum for the Secretary of the Navy; Subject: Order Establishing Combatant Status Review Tribunal*.
- <sup>188</sup> *Boumediene v. Bush*, 553 U.S. 57-58.
- <sup>189</sup> Ibid, s. 9-10.
- <sup>190</sup> Benjamin Wittes, Robert Chesney and Rabea Benhalim, *The Emerging Law of Detention, The Guantanamo Habeas Cases as Lawmaking*, Brookings, 22. Januar 2010, se [http://www.brookings.edu/papers/2010/0122\\_guantanamo\\_wittes\\_chesney.aspx](http://www.brookings.edu/papers/2010/0122_guantanamo_wittes_chesney.aspx) (besøgt 25. Maj 2010).
- <sup>191</sup> Ritzau, *Camilla Broe kræver millionerstatning*, Berlingske Tidende på nettet, 26. april 2010.
- <sup>192</sup> Louise Lyck Dreehsen & Peter Westermann, *Holck bliver ikke udleveret*, Berlingske Tidende på nettet, 1. november 2010.
- <sup>193</sup> Greve s. 7-8.
- <sup>194</sup> Ibid, s. 8.
- <sup>195</sup> Sunstein s. 72.
- <sup>196</sup> Ibid s. 73.
- <sup>197</sup> Cole 2003 s. 5.
- <sup>198</sup> Ibid, s. 17-21.
- <sup>199</sup> Se Højesterets afgørelse i sag 399/2008 af 25. marts 2009.
- <sup>200</sup> Hol, *A and Others*, Lord Bingham of Cornhill, præmis 68.

- 
- <sup>201</sup> Forslag til lov om ændringer i udlændingeloven (Skærpet meldepligt for udlændinge på tålt ophold, styrket kontrol med overholdelse af påbud om at tage ophold på et bestemt indkvarteringssted samt forhøjelse af strafferammen for overtrædelse af en pålagt meldepligt eller et påbud om at tage ophold på et bestemt indkvarteringssted), se bemærkningerne til lovforslaget s. 2.
- <sup>202</sup> Udlændingelovens § 34, stk. 3.
- <sup>203</sup> Ibid, § 42 a, stk. 8, og § 42 a, stk. 9. Se hertil også bemærkningerne til lovforslaget s. 4-5.
- <sup>204</sup> Udlændingelovens § 34, stk. 3.
- <sup>205</sup> Se Forslag til lov om ændring af udlændingeloven, Lovforslag L69, se bemærkningerne til lovforslaget s. 4.
- <sup>206</sup> Ibid, s. 2.
- <sup>207</sup> Ibid, s. 6.
- <sup>208</sup> Ibid, s. 3.
- <sup>209</sup> Se også forarbejdernes s. 6, hvor det anføres, at foranstaltningerne ”som udgangspunkt” må anses for ”proportionale”.
- <sup>210</sup> Ignatieff s. 30.
- <sup>211</sup> For en gennemgang, se Henriksen 2009.
- <sup>212</sup> Præsident Bush baserede sig mere konkret på den såkaldte ”unitary executive theory”, se Henriksen 2009 s. 85-102. For et forsvar for denne udlægning, se bl.a. Yoo. Om teorien, se også Calabresi.
- <sup>213</sup> *Boumediene v. Bush*
- <sup>214</sup> Ibid, s. 12.
- <sup>215</sup> Barak s. 287.
- <sup>216</sup> Se f.eks. den glimrende, men ikke særlig tilgængelige, fremstilling af Dyzenhaus. Mere tilgængelig er Rytter s. 103-116
- <sup>217</sup> Se bl.a. Tushnet i Tushnet (ed.) 2005 s. 124-140, hvor der endda argumenteres for, at denne tilbageholdenhed er uundgåelig.
- <sup>218</sup> *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214 (1944).
- <sup>219</sup> *Liverside v. Anderson* (1942) AC 206.
- <sup>220</sup> Posner & Vermeule s. 6. Cass Sunstein betegner Posner og Vermeule tilgang ”National Security Maximalism”, se Sunstein 2004 s. 49-50.
- <sup>221</sup> Posner & Vermeule s. 6.
- <sup>222</sup> Ibid, s. 5.
- <sup>223</sup> Se også Posner s. 35.
- <sup>224</sup> Posner & Vermeule s. 12.
- <sup>225</sup> Ibid, s. 59-86. Den såkaldte ”panic theory”.
- <sup>226</sup> Ibid, s. 87-129. ”The democratic failure theory”.
- <sup>227</sup> Ibid, se bl.a. s. 18. Se også Sunstein s. 53.
- <sup>228</sup> Om denne ”ratchet theory”, se Posner & Vermeule s. 131-156.
- <sup>229</sup> Se også Posner s. 44-45.
- <sup>230</sup> Posner & Vermeule s. 145.
- <sup>231</sup> De fleste i litteraturen antager således uden videre, at politikere går i panik i en krisesituation, se bl.a. Dyzenhaus, Tushnet og Akerman.
- <sup>232</sup> For en sådan påstand, se Cole and Dempsey 2002.
- <sup>233</sup> Sunstein s. 53.
- <sup>234</sup> Ignatieff s. 4.
- <sup>235</sup> Koh s. 22.
- <sup>236</sup> I dette bidrag anlægges der hermed også det, som Cass Sunstein betegner som ”Liberty Maximalism”, se Sunstein s. 49-50.
- <sup>237</sup> Sunstein s. 51.
- <sup>238</sup> Barak s. 287.
- <sup>239</sup> Ibid s. 288.
- <sup>240</sup> Ibid s. 289.
- <sup>241</sup> Se bl.a. gennemgangen af nylig praksis i *Judgments of the Israel Supreme Court: Fighting Terrorism within the Law* på [www.mfa.gov.il](http://www.mfa.gov.il) (besøgt 25. Maj 2010).

- 
- <sup>242</sup> H.C. 5100/94, *Public Committee Against Torture in Israel v. The Government of Israel*, 53 (4) P.D. 817 (1998-9) IsrLR 567.
- <sup>243</sup> Dyzenhaus s. 31.
- <sup>244</sup> Ibid s. 3.
- <sup>245</sup> Ibid. s 50.
- <sup>246</sup> Tushnet s. 134.
- <sup>247</sup> Se også Tushnet i Tushnet (eds.), s. 39-54.
- <sup>248</sup> Barak s. 285.
- <sup>249</sup> Ibid s. 301.
- <sup>250</sup> Heymann s. 159.
- <sup>251</sup> Ignatieff s. viii.
- <sup>252</sup> Sunstein s. 69.
- <sup>253</sup> Se også Henriksen 2009 s. 252-262. For en glimrende redegørelse om netop dette, se også Goldsmith.
- <sup>254</sup> Se Sørensen s. 303.
- <sup>255</sup> Bekendtgørelse 988 af 28. september 2006 om udbydere af elektroniske kommunikationsnets og elektroniske kommunikationstjenesters registrering og opbevaring af oplysninger om teletrafik (logningsbekendtgørelsen), se § 1.
- <sup>256</sup> Se Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2006/24/EF af 15. marts 2006 om lagring af data genereret eller behandlet i forbindelse med tilvejebringelse af offentligt tilgængelige elektroniske kommunikationstjenester eller elektroniske kommunikationsnet og om ændring af direktiv 2002/58/EF, *EU-Tidende nr. L 105 af 13/04/2006 s. 0054 – 0063*, pkt. 9 i præambelen.
- <sup>257</sup> Ibid, se artikel 6.
- <sup>258</sup> Camilla Stampe, 'Vi hjælper terroristerne på vej', *Dagbladet Information*, 28. Juli 2010.
- <sup>259</sup> Ignatieff s. viii.
- <sup>260</sup> Se også Anders Henriksen, 'Retsstaten styrkes under pres', *Dagbladet Information*, 22. juli 2010.
- <sup>261</sup> Dyzenhaus s. 64.
- <sup>262</sup> Se også denne forfatters anbefaling i 'Lad os tidsbegrænse vores terrorlovgivning', *Dagbladet Information*, 1. juni 2010.
- <sup>263</sup> Se også Tjalve & Henriksen 2008, og Anders Henriksen, *Folketinget er for svagt i forhold til regeringen*, *Politiken*, 24. august 2010.
- <sup>264</sup> Anders Henriksen, *Folketinget er for svagt i forhold til regeringen*, *Kronik i Dagbladet Politiken* 24. august 2010.
- <sup>265</sup> Trine Møller, 'Bekymringen er politisk, ikke juridisk', *Dagbladet Information*, 7. juni 2010. Andre politikere er mere positive, se Charlotte Aagaard, 'Jurister foreslår solnedgangsklausul på terrorlove', *Dagbladet Information*, 4. juni 2010.
- <sup>266</sup> Ignatieff s. 39.